

د. كاسب بن عبد الكريم البدران
رئيس قسم الثقافة الاسلامية
واللغة العربية
كلية التربية - جامعة الملك فيصل

عَقْدُ الْإِسْتِصْنَاءِ

أو « عقد المقاوله »

في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة

طبعة جديدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الطبعة الأولى عام ١٣٩٨هـ / ١٩٧٩م
الطبعة الثانية عام ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م
حقوق الطبع محفوظة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقريظ *

وما لا ينسى أبدا ومما لا يجهل أبدا ما نراه ونقرؤه من قفزات جامعاتنا .. وتطورها بحيث بدأت توجد مجالات واسعة وحقولا نافعة ينفذ منها الدارس الى أعماق علوم اللغة والدين والشريعة .. ينال ابن البلد رسالة الماجستير والدكتوراه في بلده وجامعته بدلا من دراسته في بلاد أخرى .. وهذا لاشك كسب للبلاد وبناء للأفكار وتفذية للعقول ولتكون الجامعة معينا عذبا ينهل منه الطالب الجاد ذو الهدف الأسمى والغاية المثلئ .. ان هذه الرسائل التي بذل فيها الجهد وأمضى فيها الدارس سنوات سواء كان هنا أو هناك في أى بلد تتوفر فيه المراجع والدراسة ..

ان هذه الرسائل مع الأسف تضيع في تلافيف الاختبارات ورفوف المكتبات يعلوها الغبار ...

وعلى الجامعة والطالب معا ان يتعاونوا في طباعتها لأنها جهد مشرف لا يوجد في كتاب ولكنه منقول من عشرات الكتب ..
.. واليوم نصل الى رسالة في « عقد الاستصناع » دراسة مقارنة للطالب كاسب بن عبد الكريم البدران في معهد القضاء العالي في جامعة الامام محمد بن سعود .. قرأت هذه الرسالة التي حوت مالمذ وطاب في هذا الباب — تقع في أكثر من « ٢٥٠ » صفحة من القطع الكبير . اخذها من عشرات المراجع وبها عشرات الأبواب والمباحث ومكتباتنا الاسلامية في أمس الحاجة اليها ..

الشيخ عثمان الصالح

رئيس تحرير مجلة البحوث الاسلامية

الرياض

* مستخلص من مقال في كتب جريدة الجزيرة السعودية عام ١٣٩٨م

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام
على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . .
وبعد :

فبعونه تعالى وتوفيقه ، اخترت الكتابة في
عقد الاستصناع في الشريعة الإسلامية كي
أحصل بها ساقدمه في هذا البحث المتواضع على
درجة « الماجستير » من المعهد العالي للقضاء
. . وهذا هو المتبع في المعهد العالي للقضاء لمن
أراد الحصول على الماجستير .

ان هذا الموضوع طالما فكرت فيه لما هو واقع في معاملات الناس
اليوم ، ولقد وجدت أن كثيرا من معاملاتهم الحاضرة تقوم على طلب
الصنعة . فاستثرت كثيرا من العلماء عن هذا الموضوع وجدوى دراسته
مع قلة المصادر فيه عموما . وخاصة عند المذاهب الثلاثة (المالكية ،
الشافعية ، الحنابلة) فأشاروا على بدراسته وأن العبرة هي في اخراج
فكرة عن الموضوع اخرجها يبين فيه رأى الفقه الاسلامى في معاملة جرى
العرف الآن على التعامل بها أفرادا وشركات وحكومات . وليست العبرة
بكثرة الصفحات . فهناك موضوعات يمكن أن تسود فيها مئات الصفحات
بالمئات دون أن تكون ذات نفع كبير .

ونحن نعرف أن ما يستجد من حضارة صناعية وتجارية يحتاج الى
الضبط بمعيار فقهى اسلامى دقيق ، يعين الناس على الاستقرار في هذه
الحياة .

والاستصناع بعد تطور الحياة ونمو الحضارة وشمول النهضة
الصناعية جميع الدول كبيرها وصغيرها أصبح موضوعا هاما يجب
العناية به ، تنظيمها وتكييفها حتى يؤدي دوره في خدمة الإنسانية .

فالمصانع الكبيرة والصغيرة بكامل دورة الحياة فيها من انشاء
المصنع حتى التسويق ، تحتاج الى تشريع ينظم حقوق عمالها وأصحاب
رؤوس الأموال فيها ، ويحفظ كذلك حقوق المتعاملين معها . لئلا تكون
الصناعة سببا في سيطرة وتنافس قاتلين ، سواء على مستوى الافراد
او الجماعات او على مستوى الحكومات في بعض الحالات

وليس هناك من تشريع غير الاسلام نظم التعامل بهذا الأسلوب تنظيميا
دقيقا . ضبط فيه حقوق الصانع والمستصنع .

ولهذه الأسباب وغيرها اخترت تحمل المشقة في بحث هذا الموضوع
لأضع لبنة مع غيري في ايجاد توضيح له اروي به ظمأ المتعطشين
الى معرفة الحق بدلا من التهافت على سراب النظم الغريبة والادعاء
بدعوى باطلة ضد الاسلام .

فعمزت وتوكلت على الله سبحانه على الكتابة بهذا الموضوع الذي
تعامل به المجتمع منذ القدم وازداد هذا التعامل في وقتنا الحاضر زيادة
كبيرة خاصة وأن ما تعومل به بين البلدان يزيد من ضخامة التعامل .

فسهولة المواصلات زادت من هذا التعامل الخارجى الذى هو الشغل
الشاغل لكثير من المسلمين في تنظيم التجارة . وقد قمت بدراسة الاستصناع
في النظام الوضعى فقها وقانونا ، وأكثر ماركزت على القانون المدنى المصرى .
وبينت موقف النظم الوضعية من الاستصناع وناقشتها ، وقارنت بينها .

ان ابراز هذا النوع من التعامل للمجتمع انما هو خدمة للاسلام وابرار
لما احتوته كنوز الفقه الاسلامى .

وازاحة الستار عن هذه الثروة الفقهية الفذة التى هى بعض ما أرسنه
هذه الشريعة الغراء من نظم كفيلة بسعادة البشرية في كل زمان ومكان
الى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

خطة البحث :

سأسير في دراستى للاستصناع على الخطة التالية :

افتتح رسالتى بتمهيد أتعرض فيه بصفة عامة عما يلي :

الفصل الأول : عن العمل والاستصناع . أتكلم فيه عن أهمية العمل
في الشريعة الاسلامية ومكانة الاستصناع من العمل . ثم أعطى لمحة

تاريخية عن الاستصناع والهدف من المعاملات في الاسلام وابين منزلة الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية .

وفي الفصل الثاني . . سأدرس مدى حرية المكلف في انشاء العقود وهل هو حر في انشاء ما يريد من العقود ؟ أم حريته مقيدة باذن الشارع الحكيم . . ورأى النظام الوضعي في مدى حرية المكلف في انشاء العقود .

أما الفصل الثالث . . فسيكون البحث فيه عن التعاقد على المعدوم . . وهل يجوز التعاقد على المعدوم أم لا يجوز ؟ واختلاف الفقهاء المسلمين . . ورأى النظام الوضعي به . . ودراستنا له لأن عقد الاستصناع قائم على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد . . فأتينا للبحث وإكمالاً لموضوع الرسالة قمنا بدراسته .

وسأقسم الموضوع الى ستة أبواب :

أبحث في الباب الأول . . مفهوم الاستصناع . . وهل هو عقد أم وعد ؟ وسأجعل هذا الباب ثلاثة فصول : أخصص الفصل الأول : في الكلام عن مفهوم الاستصناع في اللغة والاصطلاح ، وفي اصطلاح النظم الوضعية . . أما الفصل الثاني : فيكون في الجواب عن التساؤل التالي : هل الاستصناع عقد بيع أم وعد بالبيع ؟ وفي الفصل الثالث : أتكم عن تعريف العقد بصورة عامة . . وذلك بعد أن نعرف أن الرأي الراجح هو أن الاستصناع عقد لا وعد .

أما الباب الثاني : سأبحث فيه حكم عقد الاستصناع عند الحنفية والذين جعلتهم من أصحاب الاتجاه الأول . . وحكمه عند المذاهب الفقهية الثلاث (المالكية ، الشافعية ، الحنابلة) وسيتهم أصحاب الاتجاه الثاني . . ثم حكمه عند الظاهرية والشيعة الجعفرية . وأخيراً حكمه عند أصحاب النظم الوضعية .

وفي الباب الثالث : سيكون بحثنا في تكييف عقد الاستصناع . . هل هو عقد بيع ؟ أم عقد سلم ؟ أم اجارة ؟ أم يجمع بين بعضها البعض . . وهذا يكون عند الحنفية أولاً ثم النظام الوضعي ثانياً .

أما الباب الرابع : فأبحث فيه المقومات للعقود جميعها بصورة عامة والاستصناع في صورة خاصة . . وأبحث في شروط العقد بصورة عامة للاستصناع وغيره من العقود . وشروط الاستصناع خاصة .

وفي الباب الخامس : سيكون البحث عن اللزوم وعدم اللزوم في عقد الاستصناع . وعليه .. ساقسم هذا الباب الى ستة فصول : أبحث في الفصل الأول موقف الاستصناع من العقود المسماة . وفي الفصل الثاني : عن تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول ومنزلة الاستصناع منها . ولما كان الاستصناع يمر بمراحل ثلاث حتى يتم عقد الاستصناع بوجهه الأكمل .. لذا سأتناول هذه المراحل . وهل الاستصناع لازم لحق الطرفين أم غير لازم . أم لازم بحق أحدهما دون الآخر ؟ كل هذا في الفصل الثالث . أما الفصل الرابع : فسأبين فيه رأيا مستقلا يرى أن الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته .. وفي الفصل الخامس أبحث عن آثار عقد الاستصناع وفي آخر هذا الباب سيكون البحث عن رأى النظام الوضعى في عقد الاستصناع هل هو لازم أم غير لازم ؟

وفي الباب السادس : يكون البحث فيه بأمور تتعلق بعقد الاستصناع كخيار الرؤية وخيار العيب .. والتنازع بين طرفي عقد الاستصناع . وهل للظروف الطارئة اثر فيه ؟ وبعد ذلك أتكلم عن الشرط الجزائى في عقد الاستصناع ورأى المعاصرين فيه .. والذي اخترت منهم الشيخ عبد الله آل محمود كنموذج للمعاصرين الذين تكلموا عن الاستصناع . وفي تطبيق هذا العقد على الواقع .. اخترت عقودا داخلية ، وعقدا خارجيا لكى أضعها في بحثى كدراسة تطبيقية .. وأخيرا أبحث ما ينتهى به عقد الاستصناع ..

وفي ختام هذه المقدمة .. وقبل الشروع في البحث أتقدم بخالص الدعاء للأستاذ المشرف الشيخ / أحمد محمد الحصرى .. الذى مافتىء يعطى من وقته الكثير ولم يجعل الوقت الرسمى هو الكافى لعطاءه .. بل فتح بابه لكل مرة أريد التباحث معه .

وأشكر القائمين على أمور المعهد والجامعة لما أعانوني عليه في إتاحة الفرصة أمامى للبحث والمتابعة داخل المملكة وخارجها .. فجزاهم الله هنا خير الجزاء .. والله يوفقهم لما يحبه ويرضاه .

والله الموفق والمعين على كل حال ..

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

كاسب بن عبد الكريم البدران

الرياض في ٦ ربيع ثان سنة ١٣٩٨

مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله والصلاة على رسول الله وبعد فاني قدمت للمكتبة «عقد الاستصناع» لما لـه من أهمية في الحياة الاقتصادية للعالم الاسلامي وترقبت كل ما يرد لي من ملاحظات حول هذا البحث ولكنها لم تكن كثيرة فلم أنشجع لاعادة طبعه مرة اخرى خلال السنوات الخمس التي مرت على الطبعة الأولى حيث كانت ١٣٩٠هـ. الا ان البحث - في عقد الاستصناع أو كما يسمى عند البعض وكمصطلح حديث قريب اليه هو «عقد المفاولة (١)» - في الموسوعة الفقهية التي تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية بالكويت والتي عملت بها كباحث فقهي زادني اطلاع على هذا العقد فكتبت خلاصة عنه في الموسوعة المذكورة. بحرف «همزة» ونفاذ النسخ بالاسواق كل هذا حفزني لاعادة طبع الكتاب فلملي أجد ملاحظات اخرى من العلماء لدراستها واطافه ما يفيد البحث في الطبقات المقبلة بعونه تعالى وكلي أمل ان تصلني تلك الملاحظات القيمة والله أسأل ان يسدد خطا الجميع لخدمة الاسلام والمسلمين
والله الموفق

الدمام في ٨ / ١١ / ١٤٠٤هـ

د. كاسب بن عبدالكريم البدران

رئيس قسم الثقافة الاسلامية واللغة العربية

جامعة الملك فيصل ص.ب ١٩٨٢

الدمام ٣١٤٤١

الباب التمهيدي

**

الفصل الأول : العمل والاستصناع.

الفصل الثاني : مدى مسؤولية المكلف في إنتساء العقود.

الفصل الثالث : التعاقد على المدوم.

الباب التمهيدي

الفصل الأول : العمل والاستمتاع

✽ المبحث الأول : أهمية العمل في الشريعة الإسلامية :

ان هذه الحياة التي تسير في هذا الكون ، والتي نحن بحاجة الى معرفة اسرارها ، وما يدور فيها من أحداث . تستدعى منا التدبر والتفكير بها . فقد أمرنا الله سبحانه وتعالى مما أمرنا به السير في الأرض ، وأن نتدبر .

والحياة لم تكن عند العرب خاصة والعجم عامة على وتيرة واحدة من النظم ، فالجاهلية غمرت العالم قبل الاسلام ، فجاءت نظم الاسلام لتقوض اركان الجاهلية الاولى اما بالالغاء أو بالتعديل أو باقرار بعضها دون البعض الآخر .

فبالاسلام وجد الحل الذي به تسير الحياة الانسانية على منهج قويم وتصور عظيم للكون . . وبهذا تكون ويتكون المجتمع الاسلامي اذا كان وفق هذا المحور لا يحدد عنه (١) .

وعمل الانسان المسلم في الحياة غالبا ما يكون ذا نمطين ، النمط الاخرى في مجال الدعوة والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وغير ذلك . والنمط الدنيوي الخاص بسد حاجته . . الا أنه لا ينفصل عن الاول لأنه يريد به وجه الله والنتيجة الحسنة بالآخرة .

وببحثنا هذا سنحاول التمعن في أفق معين من الحياة العملية للانسان الا وهو العمل اليدوي المرتبط بالآخرين لسد حاجاتهم المعيشية في كل مجالاتها .

وهذا العمل يحتاج الى دراسة وتنظيم وتشريع يحدد الصالح منه ويبين الجائز وغير الجائز .

(١) الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب ص ٢ .

العمل هو وسيلة التملك ، ووسيلة تنمية الثروة (٢) . . أو هو الجهد الذى يبذله الانسان — بدنيا كان أو ذهنيا ، أو هما معا — فى استثمار ما سخره الله لنا من خيرات (٣) .

قال الله تعالى : (ومن أحسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا وقال اننى من المسلمين) (٤) . . فالآية تبين أن العمل شامل للعمل المادى والدينى الذى هو تنفيذ أحكام الشريعة الاسلامية (٥) .

والعمل المادى يدخل فيه العمل الصناعى فى جميع نواحيه الذى هو كسب الرجل بيده أو بعقله أو بهما معا . . روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن أفضل الكسب قال : « بيع مبرور وعمل الرجل بيده » (٦) . . وهو نعمة . قال تعالى : (ليأكلوا من ثمره ، وما عملته أيديهم أفلا يشكرون) (٧) . . والشكر على النعمة يقتضى حفظها . ولا يكون هذا الحفظ تاما الا اذا اقتنع الانسان المسلم بأن للعمل دورا بارزا فى شريعته .

والعمل له شأن كبير فى تحسين المال وحيازته واستثماره مما له مكانة عظيمة فى الحضارة الاسلامية . . لهذا نجد أن الآيات التى وردت فى القرآن الكريم والتى تحدثت عن العمل أكثر من ثلاثمائة آية (٨) . . ودعوة الاسلام للعمل نابعة من أهميته .

فبالعمل يتم الانتاج ، وبالعامل يزداد هذا الانتاج ، وتحقق العدالة الاجتماعية ، فيتحقق الأمن والرخاء للأمة .

وما يضاد العمل كالكسل ، والخمول ، والبطالة ، يلتقى ذما كبيرا فى الاسلام (٩) وكذلك الكسب الحرام . . مع أنه عمل . . الا أنه مذموم أيضا .

(٢) معركة الاسلام والراسمالية — سيد قطب ص ٢٥

(٣) الاقتصاد الاسلامى — ابراهيم الطحاوى — ج ١ ص ٢٣٦ .

(٤) سورة فصلت / آية ٣٣ .

(٥) اشتراكية الاسلام — مصطفى السباعى — ص ١٥٤ .

(٦) مسند الامام اجيد — مجلد ٢ ص ٤٦٦ .

(٧) سورة يس / آية ٢٥ .

(٨) انظر المرشد الى آيات القرآن الكريم وكتابه — محمد ماردى بركات ص ٢٤٢ الى ٢٤٦ .

(٩) انظر الاقتصاد الاسلامى للطحاوى ص ٢٣٧ .

والعمل أو الكسب متنوع في الحياة وله مجالاته المختلفة التي لا حصر لها فقد يكون العمل زراعيا ، وهذا العمل الزراعى قد يكون في النهاية صناعيا بأن تصنع المزروعات للبيع فيما بعد .
وقد يكون صناعيا محضا وهو في هذه الحياة متنوع تنوعا كبيرا وخاصة في قرننا هذا الذي ما فتئ العقل البشرى يفكر ويخترع لتطوير الحياة .. فاحتاجت الحياة الى تنوع الصناعات على وفق الحاجة الماسة لها .. فمن الحاجيات البسيطة المصنعة باليد أو الماكينة البسيطة الى الآلات الدقيقة وإلى مالا نهاية من الحاجيات التي زاد الطلب عليها حتى وصلت الى المركبات الفضائية .

فالاسلام يحيط العمل بقداسة ، ويمنح اليد التي تزاوِل العمل كل توقير وتعظيم .. جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خير الكسب كسب يد العامل اذا نصح » (١٠) .

وجاء أيضا عنه عليه الصلاة والسلام قوله : « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده » ، وأن نبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده » (١١) ..

فهذه الأحاديث وغيرها دالة كل الدلالة على مدى الاهتمام الذي يوليه الاسلام للعمل .

لهذا كله وجدنا فقهاء الاسلام على مر العصور يدرسون هذه الأمور وما يترتب عليها من قضايا حتى (١٢) أن بعض فقهاء الاسلام جعل للعمال الحق في الحصول على نصف الربح — ان كان يعمل عند رب عمل صناعى أو غيره — الذى يحصل عليه من الانتاج .

والمبدأ العام الذى يجعل للحاكم أن يستجد من الأحكام بقدر ما يجد من الأفضية يجعل للدولة من حقوق التشريع العمالية ما تراه دائما وفق مطالب المجتمع المتجدد ومبدأ المصالح المرسل (أى مصالح المجتمع التى لم يرد بها نص) ، ومبدأ سد الذرائع (أى توقي الأخطار المحتملة) كفيلان بمنح الدولة كل الحرية في التشريع وفق مقتضيات الأحوال ، وفي حدود القواعد الأساسية للاسلام (١٣) .

(١٠) رواه أحمد في مسنده — الجزء الثانى من ٣٣٤ ، ٣٥٧ .

(١١) رواه البخارى — فتح البارى — الجزء الخامس من ٢٠٩ .

(١٢) معركة الاسلام والراسبالية من ٤٥ وما بعدها

(١٣) نفس المصدر السابق من ٤٥ .

ولم يغفل فقهاء الاسلام عن ربط العمل بالعقيدة . لأن كلا من العمل والعقيدة متلازمان ، وبالعقيدة علاج المجتمع وذلك بوجوب ملء النفس بالعقيدة الدافعة ، العقيدة التي تملأ فراغ النفس وخواتمها ، وترفعها الى الله ، وتجعل للفرد هدفا اكبر من ذاته هو ذلك المجتمع الذي يعيش فيه ، وتلك الانسانية التي هو منها (١٤) .

وقد غطن الاسلام الى اهمية العقيدة في تكييف علاقات الناس الواقعية المتجددة .. ولكن أكثر الناس ممن يدعون الاسلام ، وبحماقة غبية لم يفتنوا الى الذي غطن اليه الاسلام وبينه وصاغ نظامه على أساسه .. عقيدة تتمثل في شريعة وشريعة هي تفسير وتحقيق لهذه العقيدة .. ووحدة شعورية تشريعية تتألف منها حياة واقعية ممثلة في العقيدة والسلوك والعبادات والمعاملات ، وفي السرائر والجوارح وفي الأفراد والمجتمعات (١٥) .

اذن .. ما هي نتائج ارتباط العقيدة بالعمل ياترى ؟

لا بد من نظرة فاحصة لهذا الارتباط ، غلو تتبعنا التاريخ لوجدنا ان المقياس يدلك على أن الاتقان في العمل والزيادة في الانتاج هما أعلى الدرجات .

لم لا .. والاسلام يحث على الاتقان في العمل وهي مسئولية كل من يعمل قال تعالى : (ولتسئلن عما كنتم تعملون) (١٦) .

وما أدراك اذا ماكان الاتقان بالعمل ، وزيادة الانتاج الصناعى حيؤدي الى نظرة الناس في العالم كله الى الاسلام ذلك الدين السماوى ذى المكننة العالية .. ليكون لهم قدوة في هذا العالم المسادى .. فعندها يعتبر المكان الذى طبق به كبقعة مثالية يقتدى بنظامها .. وهذا نوع من انواع الدعوة الى الله عز وجل .

لم لا وعصرنا عصر الاتقان ، أو مايسمونه في الوقت الحاضر باللاتينية (تكنولوجيا) أى (علم الاتقان) .. وأمة الاسلام هي أولى بالتمسك بهذا العلم الذى يدعو اليه دينهم . فبهذا الاتقان تحل مشاكلهم مع الأعداء

(١٤) نفس المصدر السابق ص ٥٠ .

(١٥) معركة الاسلام والراسالية ص ٥٧ .

(١٦) سورة النحل — آية ٩٣ .

الذين يتربصون بهم الدوائر فيقطعون عنهم ما هم بحاجة اليه من عدد للحرب أو البناء في السلم (واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم) (١٧) .

فالقوة هي كل شيء بعد رسوخ العقيدة لمحاربة الأعداء بأنواع الأسلحة ، فبالصناعة نستطيع فعل الأسباب للوصول الى الهدف

✽ البحث الثاني : لمحة تاريخية عن الاستصناع :

بعد هذا كله .. لابد أن نبرز نقطة مهمة في دراسة الاستصناع وهي .. هل الاستصناع كان موجودا منذ القدم وإلى الآن .. أم لم يكن كذلك ، وانها هو أمر جديد حدث بعد الاسلام ؟ .

الاستصناع لغة طلب الصنعة كما سنبينه فيما بعد .. وطلب الصنعة سواء كان على صورة الاستصناع الذي هو محل بحثنا على وجه مخصوص .. أم عن طريق الاجارة ، أو التعاون ، أو الهبة ، أو الهدية .. وهذا ليس ببعيد في سابق الأزمان حيث كان الناس يتعاونون فيما بينهم ، ولا يعيرون للمال أهمية .. فكل من في القبيلة ان استطاع عمل شيء يمكنه أن يعد نفسه لذلك .. فيأتى القوم يطلبون منه ذلك المصنوع ، وهو بالمقابل يحصل على ما يريد بسرعة .. فهذا هو التعاون القائم على البساطة .

وما يعمل به الناس انما هو لسد حاجاتهم في اغلب الأحوال ، فتراهم يحكمون عقولهم في تلبية رغباتهم ورغبات غيرهم من ملبس ومأكل ومشرب ، ومركب ومرصد .. وهذه تحتاج الى مهارات عالية .

لم تقتصر على عصر دون عصر ، فمنذ الخليقة والبشر يصنعون حاجياتهم وفق قدرتهم ، ومدى حاجتهم المتكررة والمتطورة من وقت الى آخر . والمختلفة من مكان الى آخر .

فلنأخذ مثالا على ذلك .. هو اللباس ، ففسد كان البشر على ما يذكر لنا التاريخ يلبسون ورق الأشجار ، ثم تطورت صناعة الملابس الى أن أصبحت مادة الخام هي القطن مثلا ، وذلك بأن حاكوها ولونوها لتكون

(١٧) سورة الانفال - آية ٦٠ .

لباسا يستترون به .. وكذلك النار بدىء بها بضرب حجر بحجر فجاء الكبريت ليحل محله .

أذن .. غالصناعات قديمة قدم البشرية الأولى .. غنبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده (١٨) ، وعمل اليد يشمل امورا كثيرة منها العمل الزراعى والصناعى .

ذكر لنا ابن حجر (١٩) نوع عمل داود عليه السلام بأنه كان زرادا .. فهو عمل يدوى صناعى .. وقبله آدم — عليه السلام — كان حراثا ، وكان نوح نجارا ، وكان ادريس خياطا ... الخ .

واستمرت الحال الى عهد الرومان والفرس ، فقد ثبت بالتاريخ أن الصناعة كانت موجودة عندهم .. ومن تعامل العرب مع الروم والفرس ونقل حضارة الدولتين للعرب يدلنا على أن الروم والفرس قد عرفوا ببراعتهم فى الصناعة .

وبعد ذلك فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الى عصور متأخرة : ثبت وجود الاستصناع على ما نراه فى كتب الحنفية .. فقد قال فقهاء الحنفية ذلك (٢٠) .. ومن ذلك ما ذكره السرخسى (٢١) أن الناس تعاملوا الاستصناع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير .

وكان المنطق السليم — والنبي صلى الله عليه وسلم يحذر (٢٢) من الاقتصار على الزراعة أو تجاوز الحد فيها عن المقدار اللازم — أن يتوجه نشاط الأفراد الاقتصادى الى أنشطة أخرى فى مجالات كثيرة كالتجارة والصناعة وغير ذلك .

ومن ثم نجد القرآن الكريم قبل ذلك يعنى بتوجيه المسلمين الى ممارسة الصناعة بثستى أنواعها وبمختلف خاماتها سواء كانت مستخرجة من باطن الأرض أو من أشجارها أو من حيواناتها أو من غير ذلك .

(١٨) المراد به حديث المقداد — رضى الله عنه — عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده » ، وأن نبى الله داود عليه

السلام كان يأكل من عمل يده » .. رواه البخارى — فتح البارى ٥ — ٢٠٩ .

(١٩) انظر فتح البارى — جزء ٥ ص ٢١٠ .

(٢٠) انظر البدائع للكاسانى — جزء ٦ ص ٢٦٧٨ ، انظر فتح القدير — ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٢١) انظر المبسوط — ج ١٢ ص ١٣٨ .

(٢٢) أقصد به ما رواه ابن عمر (رض) عن النبي (ص) أنه قال : إذا تبايعتم بالمينة وأخذتم

أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى

ترجموا الى دينكم « منتقى الاخبار مع نيل الاوطار ٥/٢٣٢ .

والحديد تلك المادة الخام المهمة في الحياة حربا وسلما .. وهي
اصل الصناعات (وانزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس وليعلم
الله من ينصره ورسله بالقيب ان الله قسوى عزيز) (٢٣) . لازالت تحتفظ
بقيمتها في كثير من الصناعات المفيدة .

ومن المواد الخام .. النحاس ، والنفط ، والرصاص ، والقطن ،
والصوف (وعلماؤه صنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسكم فهل أنتم
شاكرون) (٢٤) .. وقول البعض اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض (٢٥) ..
ولا يكون هذا الا بالصناعة .

وهناك النباتات كالتمر (ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه
سكرا ورزقا حسنا ان في ذلك لآية لقوم يعقلون) (٢٦) .. فكثير من
الصناعات الآن تقوم على ثمر النخيل والأعناب وغيرها من النباتات .

وقوله تعالى : (ويصنع الفلك وكلما مر عليه ملأ من قومه سخروا
منه قال ان تسخروا منا فانا نسخر منكم كما تسخرون) (٢٧) .. يبين لنا
نوعا من أنواع الصناعات المتعارفة عند السابقين ألا وهو صناعة
السفن .

فهذه الدلالات كلها عن شرع من قبلنا تعدد تقريرا على أن شرع من
قبلنا شرع لنا .. ولا سيما اذا ورد في شرعنا مدحه وتحسينه مع عموم
قوله تعالى : (أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ، قل لا أسألكم
عليه اجرا ان هو الا نكري للعالمين) (٢٨) .. وان ذكر الشيء بدليله اوقع
في نفس سامعه (٢٩) ، وجاء أبو حنيفة في العصر العباسي فوجد الناس
يتعاملون في الاستصناع وهو التاجر في السوق فدرس هذا التعامل من
كل جوانبه فخرج على ما هو عليه في كتبهم .. ثم جاء العثمانيون فزادوا
عليه ما وجدوا من كثرة التعامل نوعا وكما ، ونحن في عصرنا الحاضر
من منا لم يتعامل بالاستصناع ؟

(٢٣) سورة الحديد — آية ٢٥ .

(٢٤) سورة الانبياء — آية ٨٠ .

(٢٥) انظر الاقتصاد الاسلامي للطحاوى — جزء ١ ص ٢٥٨ .

(٢٦) سورة النحل — آية ٦٧ .

(٢٧) سورة هود — آية ٣٨ .

(٢٨) سورة الانعام — آية ٩٠ .

(٢٩) انظر فتح الباري — جزء ٥ ص ٢١٠ .

أكثرنا يتعامل بلا شك ، فمن هذا كانت لدى الرغبة بدراسة الاستصناع كبداية للطريق .

الاستصناع نوع من انواع المعاملات الشرعية .. والمعاملات ذكرنا سابقا بأنها ترتبط بالعقيدة الاسلامية ارتباطا عظيما .. فالشريعة ايمانية ، والغرض المهيمن عليها هو تنفيذ ما أمر الله سبحانه وتعالى به ، وما نهى عنه .

* الهدف من المعاملات في الاسلام :

المعاملات في الاسلام (٢٠) ليس الهدف منها انطلاق الأفراد في تحقيق مصالحهم الخاصة فقط .. وإنما الهدف الأساسى .. هو إقامة المصالح الشرعية للجميع ودرء المفسد عنهم .

فالمعروف ان الغرض من الاتجار بالنظام التجارى الوضعى هو الربح والكسب فقط .. أما في الشريعة الاسلامية .. فهو جلب المصالح بتقريب السلع لطالبيها حفظا لضرورتهم ودفعاً للمفسد عنهم .. وتسهيلاً لحياتهم .. فمن ضمن هذه المصالح التى يطلبها الاسلام ان يسعى الفرد المسلم لرزقه حفظاً لحياته ، وحياة أسرته ومجتمعه .

فالتزام الصدق في المعاملات ، وحسن المطالبة ، وحسن الوفاء ، وما يدور حولها من التزامات عديدة .. كعدم جواز بيع الأعيان المحرمة، وعدم استصناع الضار ، أو المحرم أو عدم الاجارة على معصية .. كل هذه الأمور تختلف تمام الاختلاف عنها في النظم التجارية الوضعية . فالنظم الوضعية تقوم على تحكيم المصلحة الخاصة والمنافسة .. وبالتالي الانطلاق في حرية استقلال الموارد البشرية .

لهذا كله .. سأحاول دراسة حكم التعامل بين الناس في العقود بصورة عامة وهل هى مباحة في الأصل أم محرمة الا اذا دل دليل على غير ذلك .. وبما أن عقد الاستصناع عقد على معدوم .. فسأتناول حكم التعاقد على المعدوم .

* المبحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية :

مهما قلنا وتكلمنا عن مكانة الشريعة الاسلامية بالنسبة للنظم الوضعية فهو قليل وكيف نقارن ما جاء به الله وما وضعه البشر ؟ لا .. لا يمكن ذلك

(٢٠) انظر حاشية للدكتور/مصطفى كمال وصلى على المشرح الصغير للدريز - جزء ٣ ص ٥ . وانظر ايضا معركة الاسلام والراسبالية ص ٥٨ وما بعدها .

ونحن متصرون جدا أمام هذا الموضوع والأمثلة على عظمة الشريعة
الاسلامية كثيرة في مصادرها . وأولها القرآن الكريم تلك المعجزة
العظيمة التي أبهرت أبلغ العرب سابقا وأفصحهم . فكيف بعرب اليوم ؟
وآخرها جهود المجتهدين .. الفقهاء منهم والمفسرين والمحدثين
وغيرهم في دراسة الحياة الاقتصادية كانت أم اجتماعية أم ثقافية أم
عسكرية .. وليس لدى في هذه العجالة الا أن أذكر ما هو من صلب
موضوعي (عقد الاستصناع) .

أذكر من هذا .. أن الاستصناع درس دراسة مستفيضة في عصر
العباسيين كعقد مستقل باسمه .. ويفضل جهود ذلك العالم المجتهد
أبي حنيفة النعمان الذي توفي في النصف الأول من القرن الثاني للهجرة
أي في أواخر القرن الثامن للميلاد .. وكانت الصناعة لم تصل يومها
الى ما وصلت اليه في عصر النهضة الصناعية المتأخرة في أوربا من
تطور .

قال دافيد (٢١) يمكن أن ندهش أمام انتشار عقد الاستصناع من عدم
وجود تنظيم لهذا العقد في التقنين المدني الفرنسي ، ولكن يعزى ذلك
الى أن أصحاب هذا التقنين في سنة ١٨٠٤م لم يكونوا يعرفون هذا العقد،
نظرا لأن الصناعة والعقود الواردة في نطاقها المحلى كانت محدودة
بحيث لم يظهر هذا النوع من العقود .

نعم في سنة ١٨٠٤م كانت النظم الوضعية لاتزال قاصرة عن دراسة
ذلك العقد الذي اهتم به الفقه الاسلامي اهتماما عظيما منذ القرن الثامن
للميلاد .. أي قبل حوالي عشرة قرون كان عقد الاستصناع قد اهتم به
فقهاء المسلمين .. فماذا نسمى هذا الاهتمام ، وماذا نسمى ذلك الاهمال ..
أيها القارئ سم هذا الاهتمام وذلك الاهمال بما تسمى به .. غاللة
تأدر على كل شيء وهو القائل : (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم
نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا) (٢٢) ..

أنت تستطيع الإجابة عن هذا التساؤل بكل تأكيد .. انه عظمة
الاسلام وكماله وصلاحه لكل وقت ومكان .

(٢١) رسالة الاستصناع — دافيد ميرانسكو

Le Marchéafçon - François David

رسالة للدكتوراه من باريس سنة ١٩٢٧ م . ص ٤ .

(٢٢) سورة المائدة — آية ٣ .

الفصل الثانى : مدى حرية المكلف فى انشاء العقود

* تمهيد :

هل المكلف حر فى انشاء ما يريد من العقود ؟ سواء منها ما هو متعلق بالمعاملات او بالأبضاع او بغيرهما .. أم أن حرته فى هذا السبيل ليست مطلقة ينشئ ما يشاء من العقود ، بل هى حرية مقيدة بأذن الشارع الحكيم .

اختلفت آراء الفقهاء فى هذا الموضوع .. وفيما يلى موجز عن هذه الآراء تحقيقاً للفائدة واستطراداً لما هو متمم لرسالتى موضوع المناقشة.

* المبحث الأول :

مجهل الآراء حول الموضوع :

ان مجهل ما يمكن القول فيه فى رأى الفقه الاسلامى فى سلطة ارادة المكلف وحريتها فى انشاء ما ترغب فيه من عقد يمكن حصره فى رأيين مشهورين هما :

الرأى الأول : هو أن الأصل فى العقود والشروط الإباحة الا ماورد عن الشارع الكريم نص بتحريمه .. وذهب الى ذلك فقهاء الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وقال به ابن تيمية (١) .. وله فى ذلك بيان واضح ايد فيه هذا الرأى بالدليل من الكتاب والسنة والمعقول ورد على من قال بعكس هذا الرأى ، وبين بطلانه ورجحان ما ذهب اليه وسيأتى الرد على ما ذكره ابن تيمية فى نسبته هذا الرأى لجمهور الفقهاء ان شاء الله .

الرأى الثانى : أما الرأى الثانى فى هذا الموضوع فهو أن الأصل فى العقود والشروط الحظر الا ماورد عن الشارع إباحته وقال بهذا الرأى الظاهرية كما نسب ابن تيمية القول به الى الحنفية فقال : وأصحاب هذا القول هم :

(١) ابن تيمية شيخ الاسلام احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبى القاسم الخضر النجوى الحرائى الدمشقى الحنفى أبى العباس تقى الدين ابن بيمية - ولد فى حران سنة ٦٦١ هـ - ملت معتقلاً بتلمذ دبلشق سنة ٧٢٨ هـ الاسلام للزركلى ج ١/١٤٠ .

(٢) انظر القواعد النورانية ص ١٨٤ وما بعدها وراجع الاحكام فى اصول الاحكام لابن حزم - جزء ٥ ص ٦ وراجع مجلة البحوث الاسلامية مجلد (١) عدد (٢) ص ٦٦ .

- ١ — أهل الظاهر .
- ٢ — كثير من أصول أبى حنيفة .
- ٣ — كثير من أصول الشافعى .
- ٤ — طائفة من أصول مالك وأحمد .

قال ابن حزم (٢) . . ان الأقوال فى هذا الموضوع هما قولان ، وما عداهما فهو تخليط ومناقضات لا يستقر لقائلها على حقيقة (٤) .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية (٥) . . وأصحاب القول الاول بأن الأصل فى العقود والشروط هو الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا ما دل الشريعة على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به ثم أبان أصحاب هذا القول والذى يقول هو به فقال (٦) . . : أصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجرى على هذا القول — ومالك قريب منه .

وقال ابن تيمية مبينا من يرى أن الأصل فى انشاء العقود هو الحظر والمنع الا ماورد عن الشارع إباحته فأسند هذا القول للأطراف الأربعة السابقة الذكر .

✽ رأى الحنفية :

قال الزيلعى (٧) فى باب الربا لا نسلم أن حرمة البيع أصل ، بل الأصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت . . انما تثبت بالدليل الموجب لها . . وهذا لأن الأموال خلقت للابتدال . . فيكون باب تحصيلها مفتوح ، فيجوز كل تصرف فيها مالم يقيم الدليل على منعه بخلاف النكاح بأن الملك غيه يرد على البضع . . وهو محرم فيناسبه التصديق اعزازا له بشرف الأدمى .

وقال الكاسانى (٨) فى باب الشركات . . ان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجاتهم الى استئناء المال . . وهذا النوع (يقصد شركة العنان) طريق صالح للاستئناء . . فكان مشروعاً .

-
- (٣) ابن حزم — هو أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح ولد بقرطبة من بلاد الأندلس سنة ٣٨٤ وكان شافعى المذهب فانتقل الى مذهب أهل الظاهر توفى سنة ٤٥٦ هـ — الأعلام للزركلى — جزء ٥ ص ٥٩ .
- (٤) الأحكام فى أصول الأحكام — ج ٥ ص ٦ وما بعدها — لابن حزم .
- (٥) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .
- (٦) نفس المصدر السابق .
- (٧) تبين الحقائق للزيلعى — ج ٤ ص ٨٧ .
- (٨) بدائع الصنائع للكاسانى — ج ٨ ص ٢٥٨٨ .

وفى عقد المضاربة قال الكاسانى (٩) . . ان الناس يحتاجون الى هذا العقد أى (عقد المضاربة) لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة ، وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له . . فكان فى شرع هـذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ماشرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فالعبارات السابقة تفيد أن فقهاء الحنفية يرون أن صحة التصرفات لا تتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها ، بل يكفى للحكم بصحتها أن تكون مشتتلة على فائدة مقصودة ، وأن تكون محصلة للمصلحة مع انتفاء المانع الشرعى من الصحة .

✽ رأى المالكية والشافعية :

نقل عن فقهاء المالكية والشافعية عبارات تفيد أن الأصل فى الأفعال العادية (الأفعال التى ليست بعبادة) هو الجواز والإباحة ، وأنه لا يحرم شئ منها الا بدليل معين يدل على التحريم استنادا الى قوله تعالى: (هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا) (١٠) . .

وفى الأم للشافعى (١١) . . أن أصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر غيما تبايعا . الا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المنهى عنه .

وما غارق ذلك أبجناه بما وصفنا من إباحة البيع فى كتاب الله تعالى .

وذكر الشاطبى (١٢) . . أن القاعدة المستمرة بين العلماء هى التفرقة بين العبادات والمعاملات . . فالأصل فى الأولى الا يقدم عليها المكلف الا باذن . . اذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات . . والأصل فى الثانية الإباحة حتى يدل الدليل على خلافه .

(٩) نفس المصدر السابق .

(١٠) البقرة آية ٢٩ .

(١١) انظر الأم للشافعى — ج ٢ — ص ٢ .

(١٢) انظر الموافقات للشاطبى — ج ١ — ص ٢٨٦ — ٢٨٥ .

* رأى الحنابلة :

معظم كتب الحنابلة تشير الأصول الواردة فيها الى القول بأن الاصل في العقود الاباحة .. الا مانهى الشارع عنه .. وقد صرح بذلك شيخ الاسلام ابن تيمية فيما سبق (١٣) .

وبعد هذا البيان الموجز لأشهر رأيين في المسألة المذكورة (مدى حرية المكلف في انشاء العقود) أنكر فيها يلى موجزا لما استدل به أصحاب هذين القولين .

* البحث الثانى :

أدلة الغائلين بأن الاصل في العقود الاباحة الا ماورد النص بتحريمه استدلل لهذا رأى .. بالكتاب والسنة والمعقول على التفصيل الآتى :

١ — من الكتاب (١٤) :

١ — قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١٥) .

* وجه الدلالة :

وجه الدلالة من هذا النص هو أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود وهذا عام .. وكذلك أمر الوفاء بعهد الله وبالعهد .. وقد دخل فى ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى : (ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل) (١٦) .. فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه .. وان لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك الميعود عليه قبل العهد كالنذر والبيع .

(١٣) انظر الرسالة ص (٢٣) .

(١٤) انظر القواعد النورانية / ١٨٤ وما بعدها ، انظر اعلام المومنين لابن القيم

٣٨٤/١ بنفس المعنى .

(١٥) المسائدة / ١ وقال الجصاص فى هذه الآية فى كتابه احكام القرآن ١٣٣/٣ (فالزم كل عاقد الوفاء بما عقد على نفسه وذلك عقد قد عقده كل واحد منهما على نفسه فيلزمه الوفاء به .. وقال ايضا فى نفس المرجع ٢٨٦/٣ وما بعدها واقتضى ايضا الوفاء بعقود البياعات والاجازات والنكاحات وجميع ما يتناول اسم العقود .. فمتى اختلفنا فى جواز عقد أو فسادده وفى صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى : (أوفوا بالعقود) لاقتضاء عموم جواز جميعها من النكالات والاجازات والبيوع وغيرها ... ولان الآية لم تفرق فى شيء منها .

(١٦) الاحزاب — ١٥ .

وينفس المعنى وردت عدة آيات في القرآن الكريم أكدت وحرّضت على وجوب وفاء الانسان بما التزم به . ومنها :

١ — قوله تعالى : (وبعهد الله أوفا) (١٧) .

٢ — قوله تعالى : (وأوفوا بالعهد أن العهد كان مسئولا) (١٨) .

ب — قال الله تعالى : (وما يفضل به الا الفاسقين . الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه . ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل) (١٩) .

* وجه الدلالة :

وجه الدلالة في هذه الآية . . أن الله ذم الفاسقين لنقضهم العهد وقطع ما أمر الله بوصله . . لأن الواجب اما بالشرع ، واما بالشرط الذي عقده المرء باختياره .

ج — كذلك يستدل من الكتاب على أن الاصل في العقود الاباحة بقوله تعالى : (واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام) (٢٠) .

* وجه الدلالة :

قال الضحاك وغيره من المفسرين أن معنى قوله تعالى : (تساءلون به والأرحام) أى تتعاهدون ، وتتعاقدون وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك .

د — قال الله تعالى : (ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لايولون الأندبار ، وكان عهد الله مسئولا) (٢١) .

ه — قال الله تعالى : (واحل الله البيع وحرم الربا) (٢٢)

وهذه الآية أرى أن فيها دلالة على مشروعية الاستصناع . . لأن الله أباح البيع بشروطه ، وحرم الربا . . وعقد الاستصناع لا يخلو عن كونه بيعا . . تعامل الناس به وهو بعيد عن الربا .

(١٧) الانعام — ١٥٢

(١٨) الاسراء — ٣٤

(١٩) البقرة — ٢٦ ، ٢٧ .

(٢٠) النساء — ١ .

(٢١) الاحزاب — ١٥ .

(٢٢) التوبة — ٢٧٥ .

— وقال الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) (٢٣) .

✽ وجه الدلالة في النصوص الأخيرة :

يؤخذ من النصوص الأخيرة من الكتاب الكريم أن الله سبحانه وتعالى جُمع فيها أحكام الأسباب التي بين بنى آدم المخطوطة كالرحم ، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها الصهر وولاية مال اليتيم ونحو ذلك . . وكلها تدعونا إلى الإيفاء بهذه الأسباب وعدم نكرانها .

قال الشافعي (٢٤) في الآيتين الأخريين أن الله ذكر البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته فاحتمل إحلال الله عز وجل البيع **معنيين** :

أحدهما : أن يكون الله عز وجل أحل بيعا تباعه المتبايعان جائزى الأمر فيما تباعه عن تراض منهما . . وهذا أظهر معانيه .

ثانيهما : أن يكون الله عز وجل أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبين عن الله عز وجل معنى ما أراد فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه الكريم وبين كيف هى على لسان نبيه . . أو من العام الذى أباحه إلا ما حرم على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم . . وما فى معناه . . . فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تباعه . . إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المعنى المنهى عنه وما غارق ذلك إباحته بما وصفنا من إباحة البيع فى كتاب الله تعالى .

قال الجصاص (٢٥) : عند الكلام عن آية ٢٩ من سورة النساء بأنها عموم فى إطلاق سائر التجارات وإباحتها وهو كتوله تعالى : (**وأحل الله البيع**) فى اقتضاء عموم سائر البيوع إلا ما خصه التحريم . . إلا أن اسم التجارة أعم من اسم البيع . . لأن اسم التجارة يعم عقود الإجازات والهبات الواقعة على الأعواض والبياعات .

(٢٣) النساء — ٢٩ .

أما معنى الباطل فهو : ما لم يبيحه الشرع كالغصب والربا والفسار هذا ما نقله البيضاوى فى تفسيره للقرآن من ١٢٠ . . وقال الجصاص : « ما أباحه الله تعالى وأحلّه فليس بباطل بل هو حق » أحكام القرآن للجصاص ١٢٨/٣ .

(٢٤) الأم للشافعي — ج ٣ من ٢ .

(٢٥) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ من ١٢٧ — ١٢١ .

٢ - من السنة :

ومن السنة .. استدل أصحاب الرأي الأول القائل باباحة العتود
الا مانص الشارع على تحريمها بما يلي :

أ - ما ورد في صحيح مسلم عن عبد الله بن عمر - رضى الله
عنهما - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أربع من كن فيه
كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى
يدعها . اذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر ، واذا وعد أخلف ، واذا خالصم
فجر » (٢٦) ..

* وجه الدلالة :

وجه الدلالة في الحديث المذكور اعلاه ان الرسول صلى الله عليه
وسلم نهى المسلمين عن الغدر وعن عدم الوفاء بالعهد .. وهذا النهي
يستلزم وجوب الوفاء او على الأقل اباحة الوفاء .. لان الاسلام لايجبر
الوفاء بشيء محرم .. فدل على جواز ان يوجب الانسان على نفسه
شيئا ، وجواز وفائه به .

ب - وفي الصحيحين عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال : «ان أحق الشروط أن توفى به : ما استحللتم به الفروج» (٢٧)

* وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على استحقاق الشروط بالوفاء .. وان شروط
النكاح أحق بالوفاء من غيرها .. وما جاء بالكتاب والسنة من الأمر بالوفاء
بها وعلى جواز الشروط .. كل ذلك يدل على أن الأصل في العتود والشروط
هو الجواز ... واذا كان جنس الوفاء ، ورعاية العهد مأمورا به .. علم
أن الأصل صحة العتود والشروط .

(٢٦) جاء في لفظ من سليمان - رضى الله عنه (...) وان كانت فيه خصلة منهن كانت
فيه خصلة من النفاق) .. رواه مسلم - مختصر مسلم رقم الحديث - ٢٦ .
(٢٧) رواه الخمسة .. التاج التاجح للأصول ، منصور على ناصف ج ٢ ص ٢٦٤ .
وفي رواية ان أحق للشروط أن توفوا به ... الحديث - غاية المأمول شرح التاج -
نفس المصدر السابق .

٣ - الاعتبار :

وأما الاعتبار فهو من وجوه (٢٨) :

أ - أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية .. والأصل فيها عدم التحريم وقوله تعالى : (وقد فصل لكم ما حرم عليكم) (٢٩) عام في الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراما لم تكن غاسدة ، وكانت جائزة ومباحة .

ب - ليس في الشرع ما يدل على التحريم لجنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم .. فإذا حرّمنا العقود والشروط التي تجرى بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله .

ج - أن الأصل في العقود .. رضا المتعاقدين ، وموجبهما هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد .. لأن الله قال في كتابه العزيز : (إلا أن تكون تجلرة عن تراض) (٣٠) .

وقال تعالى أيضا : (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) (٣١) فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه .. فدل على أنه سبب له . وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب .. فندل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم .

وإذا كان طيب النفس هو المبيع لكل الصداق ، فكذا سائر التبرعات قياسا عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن .

وكذلك قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٣٢) لم يشترط في التجارة إلا التراضى ، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيع للتجارة ،

(٢٨) انظر القواعد النورانية / ٢٠٠ .

(٢٩) الأنعام - ١١٩ .

(٣٠) النساء - ٢٩ .

(٣١) النساء - ٤ .

(٣٢) النساء - ٢٩ .

وإذا كان كذلك فعندما يتراضى المتعاقدان بتجارة أو تطيب نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بالقرآن ولم يتضمن ما حرمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم كالتجارة على الخمر ونحو ذلك يكون ماتعاقدا عليه جائز ومباح ..

*** المبحث الثالث :**

أدلة أصحاب الراى الثانى القائل بأن الأصل فى العقود الحظر الا ماورد النص بإباحته .

استدل أصحاب الراى القائل بأن الأصل فى العقود الحظر الا بنص بالكتاب والسنة والمعقول .

١ - الكتاب :

ومن الكتاب استدلوا بما يلى (٣٣) :

أ - قال الله تعالى : (اليوم أكملت لكم دينكم) (٣٤) .

ب - وقال تعالى : (ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) (٣٥)

ج - وقال تعالى : (ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها) (٣٦) .

٢ - السنة :

ومن السنة استدلوا بما روته عائشة - أم المؤمنين - رضى الله عنها - قالت : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : أما بعد فما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل .. ولو كان مائة شرط ، كتاب الله احق ، وشرط الله اوثق » (٣٧) .

* وجه الدلالة من النصوص السابقة :

يستدل من الآيات السابقة والحديث السابق على أنها براهين قاطعة فى إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس فى كتاب الله الأمر به

(٣٣) الاحكام فى أصول الاحكام ٢/٥ - ٥٠ فى الباب الثالث والعشرين .. وقد قال الدكتور الصديق الضرير فى كتابه الفرر من ١٣ (ولم أر أحدا من الفقهاء قال بهذا الراى صراحة غير ابن حزم) .

(٣٤) المسند - ٣

(٣٥) البقرة - ٢٢٩ .

(٣٦) النساء - ١٤ .

(٣٧) رواء البخارى وفيه بلفظ آخر عن عائشة أنها قالت ... قام النبى صلى الله عليه وسلم من العشى فأتنى على الله بما هو أهله ثم قال : ما بال اقوام يشترطون شروطا ليس فى كتاب الله من اشترط شروطا ليس فى كتاب الله فهو باطل .. وان اشترط مائة شرط ، شرط الله احق واوثق .. فتح البارى ٣٦٩/٤ . ط السلفية .

أو النص على إباحة عقده .. لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك

٣ - المعقول (٣٨) :

ومن المعقول قال ابن حزم : يقال لمن أوجب الوفاء بعقد أو عهد أو شرط أو وعد ... أما أن يكون في نص القرآن أو السنة إيجابه وإنفاذه .. فإن كان ذلك .. فنحن لانخالفكم في إنفاذ ذلك وإيجابه .

وأما أن يكون ليس في نص القرآن ولا في السنة إيجابه ولا إنفاذه .. نفى هذا اختلفنا .. فإن كان هكذا فإنه ضرورة لاينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً .. وهي كما يلي :

- ١ — أما أن يكون العاقد التزم بعقده أو بشرطه إباحة ما حرمه الله .
 - ب — أما أن يلتزم بعقده أو بشرطه تحريم ما حله الله .
 - ج — أما أن يلتزم العاقد إسقاط ما أوجبه الله .
 - د — أما أن يوجب العاقد على نفسه بعقده ما لم يوجبه الله عليه .
- فكل وجه من هذه الوجوه لايجوز .

رد ابن حزم على المخالفين :

ورد ابن حزم حجة أصحاب القول الأول بأن الآيات والاحاديث ليست على عمومها ، ولكنها في بعض العهود والعقود والشروط .. وهي ما جاء القرآن والسنة بالالزام به فقط .

ومما قاله من الردود .. أن الآيات التي تأمر بالوفاء بالعهد حجة لنا لاعلينا .. لأن العهد جاء فيها مضافاً الى الله (**وبعهد الله أوفوا**) ولا يضاف الى الله الا ما أمر به لا ما نهى عنه .

وأما الاحاديث التي تجعل اخلاف الوعد خصلة من جُصال النفاق .. فالمراد بالوعد فيها ما افترض الله الوفاء به .. والزم معله .. كالديون الواجبة والأمانات الواجب أدائها .

(٣٨) الاحكام في اصول الاحكام ٦/٥ وما بعدها ، لابن حزم .

* المبحث الرابع :

* خلاصة رأى ابن حزم ومناقشته :

يرى ابن حزم (٣٩) .. انه لما قام البرهان بكل ما ذكر وجب ان كل عقد أو شرط أو عهد ، أو نذر التزمه المرء غانه ساقط مردود ولا يلزمه منه شيء أصلا .. الا ان يأتى نص أو إجماع بذلك لزمه والا فلا ، والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء الا ما ألزمنا إياه نص أو إجماع . فان حكم حاكم بخلاف ما ذكر فسخ حكمه ورد بأمر النبي صلى الله عليه وسلم القائل (من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد) (٤٠) .

رد ابن تيمية ما استدلل به ابن حزم :

أساس ما استدلل به ابن حزم من السنة على منع إباحة العقود الا بنص وهو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال : « ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله .. ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل الحديث » .

وقد رد على ذلك ابن تيمية فقال (٤١) : (بأن المشتراط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله .. فان شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله بل كل ما كان حراما بدون شرط .. فالشرط لا يبيحه كالسرْب ، والوطء في ملك الغير فان الله حرم الوطء الا بملك النكاح أو ملك اليمين .. فلو أراد رجل ان يغير أمته لآخر للوطء لم يجز له ذلك ، بخلاف إعارتها للخدمة غانه جائز واما ما كان مباحا بدون الشرط ، فالشرط يوجب كالأزيادة في المهر والثلث فالرجل له ان يعطى المرأة .. فاذا اشترطه صار واجبا . ا . ه .

وقال ابن تيمية (٤٢) .. انه يرد على ابن حزم في هذا الموضوع بأنه قد يكون المراد بالحديث ما ليس في كتاب الله إباحته لأشخاص ولا بعموم .. لأن ما دل الكتاب على إباحته بعمومه فهو من كتاب الله .. نظير ذلك قوله تعالى : (ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء) (٧٧) .. وقوله تعالى :

(٣٩) الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٦ وما بعدها .

(٤٠) رواه مسلم . مختصر صحيح مسلم ١٢٢٧ .

(٤١) التواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .

(٤٢) نظرية الفرر للفرير ص ١٧ .

(٤٣) سورة النحل — ٨٦ .

(ما فرطنا في الكتاب من شيء) (٤٤) فإن القرآن لم يشتمل على بيان كل الأشياء بخصوصها . وإنما اشتمل على بيان بعضها بخصوصها وعلى سائرها بعمومها .

فكل شرط دل دليل خاص أو عام على منعه لايجوز اشتراطه ، وكل شرط دل دليل خاص أو عام على إباحته جاز اشتراطه .

ومن الأدلة العامة على الإباحة قوله تعالى : (ياأيها الذين آمنوا أوفوا

بالعقود) .

✽ رد ابن تيمية الدليل العقلي الذي استدلل به ابن حزم :

رد ابن تيمية ما أورده ابن حزم من دليل عقلي على أن إيجاب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يكون إلا من الزام الشارع لنا ، والا يكون مخالفة للشرع .

يقال له (٤٥) .. هذا قول مقبول بالنسبة للعبادات ، لأن الأصل فيها التوقيف أى لا يثبت الأمر بها إلا من الشارع .. وغير مقبول بالنسبة للعبادات وهى ما يحتاجه الناس فى دنياهم .. لأننا لو منعنا الناس من العقود والشروط إلا ماورد به نص خاص لأوقعناهم فى الحرج المرغوع شرعا .. اذ قد يحتاجون الى عقد لم يرد به نص خاص .

ثم انه ليس فى الزام المرء نفسه بعقد أو شرط تغيير لما شرعه الله .. الا اذا كان ماالتزم به المرء مما منعه الشارع .. بأن كان غيه تحليل للحرام أو تحريم للحلال .

فالعقود والشروط التى يلتزم بها المرء توجب ماكان مباحا بدونها عملا بقوله تعالى : (أوفوا بالعقود) ، ولا تحرم ماكان حلالا .. أو تحلل ماكان حراما .

✽ كلمة لا بد منها :

ينسب ابن تيمية منع انشاء العقود الا مانص عليه الشارع الى الكثير من فقهاء الحنفية ، والشافعية .. لكن الواقع من تتبعى لما كتبه فقهاء هذين المذهبين أجد أن الراجح عندهما هو العكس .

(٤٤) سورة الأنعام — ٣٨ .

(٤٥) التواعد النورانية — ١٩٦ — ٢١٠ .

فما نقلناه عن الامام الجصاص وهو الفقيه الحنفى الكبير فى تفسيره لقوله تعالى : (يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ما يفيد أن رأى الحنفية هو النص على اإباحة انشاء العقود الا ماورد نص يحظر انشائه(٤٦) . ومما نقل عن الزيلعى وهو فقيه حنفى لامع مايفيد أن الأصل فى العقود الإباحة فقد جاء بكتابه التبيين .. فى مقام الرد على تعليل الشافعية تحريم الربا فى الاشياء الستة المنصوص عليها بالطعم : لا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل الحل .. والحرمة اذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها . وهذا لان الأموال إنما خلقت للابتذال .. فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز كل تصرف فيها مالم يتم الدليل على منعه بخلاف النكاح .. لأن الملك فيه يرد على البضع .. وهو محرم .. فيناسبه التضييق .. وهذا يدل على أن الأصل هو صحة التصرفات المتعلقة بالأموال بخلاف التصرفات المتعلقة بالابضاع للفرق بين محل الأولى ومحل الثانية (٤٧) .

ومن ذلك ماقاله الكاسانى فى البدائع (٤٨) عند الكلام على مشروعية شركة العنان وحاصله أن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استثناء المسال متحققة .

وهذا النوع طريق صالح للاستثناء فكان مشروعاً .

ويقول أيضا عند الكلام عن مشروعية عقد المضاربة (٤٩) .. أن الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له .. فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين .. والله تعالى مآثرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فهذه العبارات ونحوها صريحة فى أن صحة التصرفات عند الحنفية لا تتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها .. بل يكفى للحكم لصحتها أن تكون مشتملة على فائدة مقصودة .. ومحصلة للمصلحة، مع انتفاء المسانع الشرعى من الصحة .

ولو كان مذهبهم فى العقود كما قال ابن تيمية لما صح منهم الاعتماد فى صحة عقد المفاوضة .. وقد خالفهم فيها بعض الفقهاء كالامام الشافعى،

(٤٦) راجع مانقلناه عن الجصاص فى ص ١٧ بالحاشية .

(٤٧) أنظر تبين الحقائق ٨٧/٤ .

(٤٨) أنظر البدائع ٣٥٧٦/٧ وما بعدها .

(٤٩) نفس المصدر السابق ٣٥٨٨/٨ .

ومالك في رواية على مجرد تحقق الفائدة في هذا العقد مع انتفاء المانع الشرعى من صحته وجوازه ، بل كان اللازم في مثل هذا المقام أن يأتوا بدليل معين من نص أو إجماع أو قياس يثبت هذه المشروعية ويفيدها .

وهناك ما يدل على أن الشافعية والمالكية أيضا يسلكون هذا الطريق الذى سلكه الحنفية . . فقد قرر علماء الأصول أن الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية — بل قد نقل بعضهم الإجماع كالنووى — على أن الأصل فى الأفعال العادية — (وهى مالم يست بعبادة) — هو الإباحة والجواز . وأنه لا يحرم شئ منها الا بدليل معين يدل على التحريم . . استنادا الى قوله تعالى : (خلق لكم مافى الأرض جميعا) (٥٠) . .

وغيره من الأدلة المثبتة بهذا الأصل .

فقد ذكره الامام الشافعى فى كتابه (الأم) والشاطبى فى (الموانع) وهو ما ذكرناه سابقا .

وليس بعد هذا صراحة فى اثبات أن الشافعية والمالكية يجعلون اباحة العقود هى الأصل ، وأن الحكم بفساد شئ منها هو الذى يتوقف على الدليل الخاص الذى يدل على ذلك .

وامام هذه النقول الدالة على اتجاه هؤلاء الأئمة فى مسألة العقود لا يسعنا أن نوافق ابن تيمية فيما نسب اليهم من القول بأن الأصل فى العقود عندهم الحظر الا ما قام الدليل المعين على اباحته وجوازه .

ولقد أنصف ابن القيم عندما قال (٥١) فى هذه المسألة (مسألة الأصل فى العقود (٥٢) أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان خطأ مالم يقيم عندهم دليل على دعواهم . . وجمهور الفقهاء على خلاف هذا الاعتقاد اذ يرون أن الأصل فى العقود والشروط الصحة الا ما بطله الشارع أو نهى عنه . . وهذا القول هو الصحيح . . . فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها الله تعالى فإنه لا يجوز القول بتحريمها . . فان سكت منها رحمة منه من غير نسيان وإهمال فسكوته رحمة فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه .

(٥٠) البقرة — ٢٩ .

(٥١) اعلام الموقعين لابن القيم ٢٨٤/١ .

(٥٢) انظر فى هذا كله نظرية الشروط المقترنة بالعقد — لزمى الدين شعبان ص ١٩ — ٢٠

* المبحث الخامس :

* رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود :

أخذ النظام الوضعى فى رأى الشريعة الاسلامية المبيح للعقود والشروط بشرطه الا تكون مخالفة لنص شرعى أو أن يكون الشارع قد نهى عنها .. وقد صاغ فقهاء النظام الوضعى هذا الرأى تحت عنوان مبدأ « سلطان الإرادة » . ولتوضيح ذلك نقول :

مبدأ سلطان الإرادة فى النظام الوضعى كان ضعيف المكانة فيها قبل القرن الثانى عشر الميلادى .. أما فى نهاية القرن (١٨ للميلاد) فقد أخذ يقوى حتى أخذ به أثناء عصر نابليون .. ومن ثم أخذ به القانون المدنى المصرى ..

فالعقد فى النظام الوضعى شريعة المتعاقدين لايجوز الغاؤه متى تم الرضا .. ويمكن أن يتم الإلغاء برضاها أيضا أو للأسباب التى يقررها القانون .

جاء فى المادة (١٤٧) فى الفقرة الأولى (٥٢) (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون) .. فعلى هذا .. يكون الأصل فى القانون أن إرادة كل من المتعاقدين حرة فى انشاء العقد غير مقيدة الا بالنظام العام والآداب (٥٤) .

فإذا ماخالف النظام العام أو الآداب يكون باطلا .. سواء ورد نص قانونى خاص بتحريم ذلك العقد أم لم يرد .. فالواضح من هذا أن مايراه القانون الوضعى فى حرية المتعاقدين فى التعاقد متوافق مع مايراه الفقه الاسلامى .. الا أنه يجب الانتباه الى غارق هام .. وهو أن الأحكام القانونية التى تخرج عن دائرة النظام العام والآداب ، كلها أحكام مقرررة ، مفسرة لإرادة المتعاقدين وليست أحكاما آمرة .. لهذا يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلافها ويكون اتفاقهما هذا مقدما على أحكام القانون .. فيصير صحيحا باتفاق المتعاقدين مانص فى القانون على بطلانه فى حالة عدم الاتفاق على خلافة .

(٥٣) القانون المدنى المصرى - م/ ١٤٧ .

(٥٤) جاء فى المادة (١٣٥) من المدنى المصرى (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا) .. وهى مؤيدة لهذا القول .

أما في الفقه الاسلامي .. فان كل عقد نص الشارع على بطلانه
لا يمكن أن ينقلب صحيحا باتفاق المتعاقدين .. غالشروط التي يشترطها
الفقهاء لصحة العقد اذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح ولو رضى
المتعاقدان بتخلفه .

✽ المبحث السادس :

✽ الخلاصة مع الترجيح :

أن النظام الوضعي قد اخذ من الشريعة الاسلامية بجزء من هذا
الموضوع وهو حرية الارادة في انشاء العقود الا مانهى الشارع عنه ،
وخالف الشريعة في شق آخر وهو أنه بإرادة المتعاقدين يجوز لهما التعاقد
على ما يخالف القانون وهذا لايجوز ولايصح في الفقه الاسلامي .
يقول السنهوري (٥٥) .. « ما ذكره الفقهاء المسلمون من العقود
المسماة انما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمتهم .. فاذا
استحدثت الحضارة عقودا أخرى توافرت فيها الشروط المقرر فقها ..
كانت عقودا مشروعة . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين
المدني العراقي حيث جاء في المادة (٧٥) « يصح أن يرد العقد على أي
شيء مالا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفنا للنظام العام
أو الآداب » .

على أن دائرة النظام في الفقه الاسلامي اوسع منها في الفقه الغربي
فمحرّم العقود الربوية ، وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه
الدائرة في الفقه الاسلامي .. غالاصل اذن في الفقه الاسلامي هو حرية
التعاقد في حدود النظام العام .. الا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام
العام تضيق من هذه الحرية .

✽ الرأي الراجح :

الذي أرجحه وأختاره بالعمل والفتوى هو مايراه جمهور الفقهاء وما
صرح به الامام ابن تيمية — رحمه الله (٥٦) من أن الأصل في العقود الاباحة
وذلك للأسباب التالية :

- ١ — الأدلة الواردة على هذا الأمر لم تنتقض ، ولم يقدح في دلالتها .
- ماقاله أصحاب الرأي الثاني ، وما ساقوه من أدلة .

(٥٥) السنهوري في مصادر الحق ١/ ٨١ .

(٥٦) انظر قرار هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية في مجلة البحوث الاسلامية

مجلد (١) عدد (٢) ص ١٤٠ — ١٤١

٢ - اذا لاحظنا ان الشارع ينص في عموماته على التيسير على الناس .. وأن هذا الدين يسر لاسر فيه .. قال الله تعالى :
« وما جعل عليكم في الدين من حرج (٥٧) » .. فهذا وغيره يقتضى أن تطلق
جربة المكلف في أن ينشئ من عهد ووعد والتزام طالما مائشأه وينشئه
لايخالف نصا صريحا من كتاب أو سنة وهذا يتفق مع قوله تعالى :
« فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه (٥٨) » ..



• (٥٧) الحج ٧٨
• (٥٨) المائدة ١٥

* الفصل الثالث :

* التعاقد على المردوم :

التمهيد :

لما كان عقد الاستصناع قائما على اساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد اذ ان المال المستصنع غير موجود بصفته المطلوبة ..

لذا .. كان من الواجب اتماما للبحث ، واكمالا لموضوع الرسالة ان اورد نبذة عن بيع المردوم في نظر الفقه الاسلامي ، والنظام الوضعي ..

* البحث الاول :

حكم بيع المردوم عند الفقهاء :

لم يفرد فقهاء المذاهب الاسلامية لبيع المردوم بحثا خاصا به .. بل انتشرت مسائله في ثنايا المباحث التي تطرقوا اليها عند بيان احكام المعاملات . وخاصة عند الكلام عن شروط انعقاد .. وظهر ذلك في كلامهم عن الشرط الخاص بضرورة وجود المبيع وقت العقد .. وكذا في اشتراط كون المبيع معلوما (١) .. وتفصيل ذلك فيما يلي :

عند الكلام عن شروط انعقاد البيع قال الكاساني (٢) .. واما الذي يرجع الى المعقود عليه فأنواع : منها : ان يكون موجودا فلا ينعقد بيع المردوم ، وما له خطر العدم .. كبيع نتاج النخيل بان قال بعت ولدا هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل .. لانه ان باع الولد فهو بيع المردوم ، وان باع الحمل فله خطر العدم .

وقال ابن قدامة (٣) .. يجب ان يكون المبيع معلوما برؤية او صفة تحصل بها معرفة المبيع .. ثم مثل لبيع المردوم فقال : ان بيع حبل الحبل (نتاج النخيل) فاسد لانه بيع المردوم ..

واشترط الشافعي أيضا .. ان يكون المبيع موجودا لامردوما .. قال النووي (٤) وبيع المردوم باطل بالاجماع .

(١) الشرح الكبير مع المفتي ٢/٤ .

(٢) البدائع ٢٩٦/٦ .

(٣) الشرح الكبير ٢/٤ .

(٤) المجموع شرح المذهب ٢٨٠/٦ .

* البحث الثانى :

* علة منع بيع المعدوم عند الفقهاء ومناقشتها :

يتضح من ذلك كله . . ان كلمة الفقهاء متفقة على ضرورة ان يكون المبيع موجودا ، وان بيع المعدوم في اغلب صورته لا يصح . . ويستشف من تعليلهم بمنع بيع المعدوم ما يلى :

١ — انه بيع غرر . . . والغرر يؤدي الى المنازعة ، وعدم استقرار التعامل ولهذا ورد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم من بيع الغرر للحديث المروى عن ابي هريرة — رضى الله عنه — انه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر » (٥) * قال الشيرازى في باب مانهى عنه من بيع الغرر وغيره . . لا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق لما روى ابو هريرة — رضى الله عنه — ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر . . والغرر ما انطوى عنه امره وخفيت عليه عاقبته . . والمعدوم انطوى امره وخفيت عليه عاقبته فلم يجز بيعه (٦) .

* وقال الشوكانى . . (ومن جملة بيع الغرر : بيع السمك فى الماء . . . والمعدوم (٧) .

الرد على ذلك :

ويرد على ذلك بأنه ليس فى هذا الدليل (٨) ما يفيد ان بيع المعدوم لا يجوز على الاطلاق . . فهو يفيد ان بيع المعدوم الذى فيه غرر لا يجوز . . كما فى المثال الذى ذكره الشيرازى ، ولا يفيد ان كل معدوم لا يجوز بيعه ، من المعدوم مالا غرر فى بيعه لانه لا تخفى علينا عاقبته وذلك كما فى بيع الاشياء المعدومة وقت العقد ، ولكنها محققة الوجود فى المستقبل (٩) بحسب العادة كما فى السلم والاستصناع .

(٥) رواه مسلم وفى لفظ عن ابي هريرة — رضى الله عنه — ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر . . كما فى مقتضى الاخبار مع نيل الأوطار ١٦٦/٥ . رواه الجماعة الا البخارى . انظر مختصر صحيح مسلم — حديث رقم ٣٣٩ .

(٦) المذهب للشيرازى ٢٦٢/١

(٧) انظر نيل الأوطار ١٦٧/٥

(٨) نظرية الغرر للضير ٣٥٥

(٩) مصادر الحق للسنهورى ٢١/٣

❖ التعليل الثانى لسبب المنع :

٢ — اما التعليل الثانى لسبب منع بيع المعدوم فهو لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع المعاوى عن جابر رضي الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة » . وفى لفظ بدل المعاومة (عن بيع السنين (١٠)) .

وجه الاستدلال :

ويستدل بهذا الحديث بما قال الشيرازى (١١) . . والمعدوم من المعاومة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المعاومة وبيع السنين .

الرد على هذا الاستدلال :

الدليل المذكور لا يفيد المدعى لأنه يفيد النهى عن بعض افراد المعدوم وهو بيع الثمر سنين ، والنهى عن بيع افراد الشيء لا يدل على النهى عن سائرهما لأن النهى عن ذلك الفرد قد يكون بمعنى انفراد به لا يتحقق فى غيره من الافراد كما فى النهى عن بيع السنين . . فان سبب النهى عنه الفرر الناشئ عن الجهل بوجوده فى المستقبل لاكونه معدوما . .

التعليل الثالث لسبب المنع :

٣ — ومما استدل به على منع بيع المعدوم أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان . . فقد ورد عن حكيم ابن حزام أنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ياتينى الرجل يسألنى من البيع ماليس عندى . . ابتاع له من السوق ثم أبيعته . . قال : « لاتبع ماليس عندك » (١٢) . .

(١٠) هذا الحديث متفق عليه انظر منتقى الأخبار مع نيل الأوطار

- أ — المحاقلة : هى بيع الحتل بكيل من الطعام معلوم .
 - ب — المزابنة : هى بيع النخل بأوساق من الثمر .
 - ج — المعاومة : هى بيع الشجر أعواما كثيرة .
 - د — المخابرة : هى العمل على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل .
- (١١) المهذب ٢٦٢/١ .
- (١٢) إرواه الترمذى وفى لفظ آخر عن حكيم بن حزام قال : نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندى . . قال أبو عيسى : وهذا حديث حسن . .
- مارضه الأحوذى بشرح صحيح الترمذى ٢٤١/٥ .

وهذا النهى للوجوب عند المالكية (١٣) .. ويدخل فى النهى عنه فى هذا الحديث اشياء كثيرة كبيع الأبق ، وبيع مالم يقبض وبيع مال الغير ، ويستثنى منه السلم بالشرائط المعتبرة فيه .. وكذا بيع مال الغير جائز موقوفا عند الأئمة الثلاثة .. عدا الشافعى فإنه لايجوز (١٤) ..

ووجه الاستدلال عندهم (١٥) أن المبيع يتعين فلا يصح معدوما .. لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان الا فى السلم لترخيصه صلى الله عليه وسلم ولضبطه بالوصف .. والا فى ذمة مشتريه إذا هو كالمقبوض .

استدل بهذا الحديث على عدم صحة بيع المعدوم لأن النهى منصب على عدم جواز بيع ماليس عند الإنسان .. وهذا يعنى أنه قد نهى عن بيع ما هو معدوم وليس موجودا عند الإنسان ثم يذهب الى السوق ويشتريه ليسلمه للشخص الذى باعه له (١٦) ..

الرد على هذا الدليل :

أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ماليس عندك » تعنى (١٧) ماليس مملوكا للبائع .. ولا يدخل فيها المعدوم ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد ولا الأشياء المباحة ذلك ما تدل عليه قصة الحديث فقد روى (١٨) أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس اشياء لا يملكها .. ويأخذ الثمن منهم .. ثم يدخل السوق فيشتري الأشياء ويسلمها لهم .. فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لا تبع ماليس عندك » ولأن بيع ماليس عند الإنسان بطريق الأصالة عن نفسه تملك مالا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه وقت العقد .. على أن يمضى الى السوق فيشتريه ويسلمه للمشتري .

قال شمس الدين بن قدامة (١٩) : لايجوز بيع مالا يملكه ليمضى فيشتريه ويسلمه رواية واحدة وهو قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا .

(١٣) نفس المصدر السابق .

(١٤) التعليق المحمود على سنن أبى داود ٤٩٥/٢

(١٥) أنظر نظرية الفرر للفرير ٣١٨ - ٣١٩ .

(١٦) نفس المصدر السابق - ٣١٨ - ٣١٩ ، ٣٥٦ .

(١٧) البدائع ٣٠١٤/٦

(١٨) نفس المصدر السابق .

(١٩) للشرح الكبير مع المفنى ١٩/٤

قول ماتقدم (٢٠) على أن عدم جواز بيع ماليس عند البائع .. خاص
فيما كان فيه البيع حالا كما يستفاد من قصة الحديث السابق الذكر ..
ولأن هذه هي الحالة التي يتصور فيها النزاع .

أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن فإن هذا
ينطبق عليه حكم تأجيل قبض المبيع ، ولا يدخل تحت بيع المعدوم حالا .

وربما يقال : إذا لم يجز بيع الموجود غير المملوك .. فمن باب أولى
لايجوز بيع المعدوم لأنه غير مملوك حتما .

الجواب :

ويجاب عن هذا القول بأنه منطوق سليم .. لكن يجب أن يقيد عدم
جواز بيع المعدوم بما قيد به بيع ماليس عندك وهو كون البيع وقع على
أن يسلم المبيع في الحال .. فإنه مع هذا القيد لا يختلف اثنان في أن بيع
المعدوم لايجوز (٢١) لأن فيه غرر .. فعلة المنع موجودة في هذه الحالة ..
وبذلك كان بيع المعدوم ليس ممنوعا في كل الأحوال بل في حالة واحدة
هي نشوء غرر في بيعه .

* المبحث الثالث :

* رأى ابن القيم في بيع المعدوم :

يرى ابن القيم (٢٢) بأن بيع المعدوم جائز إذا لم يكن فيه غرر وعزا هذا
الرأى الى عدم ورود دليل من الكتاب ولا من السنة ولا من أحاد الصحابة على
أن بيع المعدوم لايجوز .. لابعموم لفظ ، ولا عموم معنى .

وانما ورد النهى عن بيع الأشياء التي هي معدومة كما ورد النهى عن
بيع بعض الأشياء الموجودة .. وإلى أن الشارع أورد نصا بجواز بعض
المعدوم كبيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء الى كمال الصلاح ..

(٢٠) انظر نظرية الغرر من ٣٢٠

(٢١) انظر نظرية الغرر للفرير ٣١٨ - ٣١٩ .

(٢٢) ابن القيم : هو محمد بن أبى بكر بن سعد بن حريز الزرعى ثم الدمشقى الملقب

بشمس الدين المعروف بابن القيم الجوزية - ولد سنة ٦٩١ هـ - تلمذ على

ابن تيمية ، وتوفى سنة ٧٥١ هـ - الأعلام للزركلي ٢٨١/١ ، الدرر الكامنة ٤٠٠/٣

والخطر هو للفرر للعدم .. كما جاء في أعلام الموقعين (٢٣) مانصه :
« أما المقدمة الثانية وهى أن بيع المعدوم لايجوز .. فالكلام عليها من وجهين .. »

أحدهما : منع صحة هذه المقدمة اذ ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا في كلام أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لايجوز لابلغظ عام ولا بمعنى عام .. وانما في السنة النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كما غيها النهى عن بعض الأشياء الموجودة .. فليست العلة في المنع للعدم ، ولا الوجود بل الذى وردت به السنة النهى عن بيع الفرر .. وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما كبيع العبد الأبق ، والبعر الشارد ، وان كان موجودا .. اذ موجب البيع تسليم المبيع .. فاذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو فرر ومخاطرة وقمار فانه لايباع الا بوكس .. فان أمكن المشتري تسليمه .. كان قد تم البائع .. وان لم يمكنه ذلك قهره البائع وهكذا المعدوم الذى هو فرر نهى عنه للفرر للعدم كما اذا باعه ماتحل هذه الأمة .. أو هذه الشجرة .. فالمبيع لايعرف وجوده ولاقدره ، ولاصفته .. وهذا من الميسر الذى حرمه الله ورسوله .. ونظير هذا فى الاجارة أن يكره دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة .. وكذلك فى النكاح اذا زوجه أمة لايلكها أو ابنة لم تولد له .. وكذلك سائر عقود المعاوضات بخلاف الوصية فانها تبرع محض فلا فرر فى تعلقها بالموجود والمعدوم ، وما يقدر على تسليمه اليه وما لايقدر .

ثانيهما : « أن نقول : بأن الشرع صحح بيع المعدوم فى بعض المواضع ، فانه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه .. والحب بعد اشتداده ، ومعلوم أن العقد انما ورد على الموجود ، والمعدوم الذى لم يخلق بعد .. والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه وأباحه بعد بدو الصلاح (٢٤) . »

(٢٣) الجزء الأول / ٤٦٢ — ٤٦٣

(٢٤) يقصد حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذى ورد بعدة الفاظ منها (من ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع) .. ورواه الجماعة الا الترمذى .. متنى الاخبار مع نيل الأوطار ١٩٥/٥ .

* المبحث الرابع :

* القاعدة في منع بيع المعدوم :

لابد أن تكون هناك علة للمنع غيركون الشيء معدوما ، وهذه العلة (٢٥) واضحة لمن تتبع مأمعته النصوص وما أجازته من بيع المعدوم وهى كما قرر ابن تيمية (٢٦) الغرر .. وهى علة مضطردة لاتحوجنا الى استثناءات او مخالفة للقياس .. والغرر فى بيع المعدوم لايتحقق الا فى حالة ما اذا كان المبيع مجهول الوجود .. لانه ان كان المبيع محقق العدم فلا غرر فى هذا .. والبيع باطل بداهة لاستحالة التنفيذ .. وان كان المبيع محقق الوجود .. فلا غرر أيضا ، والبيع صحيح .. واذا تتبعنا مأمعته الشارع من بيع المعدوم ، وما أجازته منه .. نجد أن كل مأمعته المبيع فيه مجهول الوجود .. وان كل ماأجازته منه ، المبيع فيه محقق الوجود عادة ، وأن كان معدوما وقت العقد **فالقاعدة** التى ينبغى السير عليها فى بيع المعدوم هى « أن كل معدوم مجهول الوجود فى المستقبل لايجوز بيعه ، وأن كل معدوم محقق الوجود فى المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه » .

* المبحث الخامس :

* الاستصناع وبيع المعدوم :

بعد أن فصلنا القول فى بيع المعدوم وقبل هذا ذكرنا أن الاستصناع فيه شبه ببيع المعدوم .. نريد هنا بيان هذا ، وكيف خرج من المنع .. وهل فيه غرر أم لا ؟

راى الحنابلة فى الاستصناع :

من واقع ما استطعت أن أطلع عليه من مراجع فقهية معتمدة لدى المذهب الحنبلى .. تتبععت ماجاء فى الفروع (٢٧) والانصاف (٢٨) ، وغيرهما

(٢٥) انظر نظرية الغرر للفرير من ٣٥٨ وما بعدها .

(٢٦) القياس فى الشرع الاسلامى لابن تيمية ، وابن القيم من ٢٦ - ٢٧ .

(٢٧) الفروع ٢/٢٣

(٢٨) الانصاف ٤/٣٠٠

عن القاضي (٢٩) وأصحابه وغيرهم بأن الاستصناع بيع مالم يبيع عند الإنسان لأعلى وجه السلم .. ولما كان كذلك نريد أن نعرف مامعنى بيع مالم يبيع عند الإنسان عند الحنابلة ؟ .

توضيح :

نفهم مما جاء في الفروع والأنصاف بأن المنع لعقد الاستصناع في فهم الحنابلة هو أنه عقد بيع غير الموجود لأعلى وجه السلم . . ويقصد بذلك أنه بيع لم يشترط فيه تأجيل تسليم المبيع كما هو المتبع في عقد السلم ليكون جائزا عندهم .

وهذا الذى ذكره الحنابلة تعليلا للمنع .. لا يصلح أن يكون علة لمنع الاستصناع لأمر أهمها ما يلى :

١ — عقد الاستصناع : عقد مسمى لا يخالف نصا من نصوص الشريعة صريحا في منعه وهو في نفس الوقت عقد أجازته إحدى مصادر التشريع المختلف فيه وهو الاستحسان إضافة إلى أنه عقد أجازته السنة .

٢ — عقد الاستصناع .. من العقود التى تعارف الناس عليها والرسول صلى الله عليه وسلم لم يبطل كل العقود التى جرى تعارف الناس عليها طالما كانت محققة لمصالح المسلمين وغير جالبة للنزاع أو الضرر .

٣ — النهم بأن الاستصناع عقد على بيع حال يشترط فيه تسليم المبيع فورا مع أنه غير موجود فهم لا ينطبق وواقع هذا العقد .

٤ — العقود عليه لاغرر فيه فهو موصوف معلوم وهو مقدور التسليم فكل أسباب الغرر منتفية ، وأكثر أسباب النزاع في هذا العقد غير واردة ، فلا يكون النهى الوارد في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » .. منصبا عليه وهذا الذى ذكره

(٢٩) القاضي : هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء القاضي الكبير أبو يعلى إمام الحنابلة — ولد سنة ٢٨٠ هـ — وتوفى سنة ٤٥٨ هـ ببغداد من شيوخه أبو الحسن السكرى .. أما عدد أصحابه فجم غفير منهم ابن الأنبارى أبو منصور ، وأبو بكر المقدس وغيرها .. أهم مصنفاته : أحكام القرآن ، المعتد ، عيون المسائل ، النعمة فى أصول الفقه ، الكفاية ، الخلاف الكبير ، إلى آخره .. انظر المنهج الأحمد فى تراجم أصحاب الإمام أحمد ١٠٧/٢ .

ابن القيم (٣٠) .. فقد قال « أما قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام « لا تبع ما ليس عندك » فيحمل على معنيين :

* **أحدهما** : أن يبيع عينا معينة ، وهي ليست عنده بل ملك للغير فيبيعها ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها للمشتري ..

* **ثانيهما** : أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه ، وإن كان في الذمة .. وهذا أشبه فليس عنده حسا ولا معنى .. فيكون قد باعه شيئا لا يدري هل يحصل له أم لا ؟

فعلى المعنى الأول .. نحن نعرف أن الاستصناع ليس هو بيع عين معينة بل هو بيع شيء موصوف في الذمة حتى لو جاء به من مصنع آخر لجاز أخذه ..

وعلى المعنى الثاني .. عقب ابن القيم بقوله (٣١) .. فأما إذا كان على ثقة من توفيقه عادة .. فهذا محض القياس والمصلحة .

وفي الاستصناع يشترط أن يكون التعامل قد جرى العرف به من حيث المادة المطلوب صنعها ووقت التسليم والقدرة على التسليم ودفع الثمن مقدما أو عدم دفعه فإن توافر شرط التعامل يكون الاستصناع صحيحا عند الحنفية .. والا فلا (٣٢) ..

لهذا .. أرى أنه بناء على أصول الحنابلة في البيع والسابق بيانها يكون هذا العقد من العقود التي يجوز إنشاؤها وإبرامها طبقا لهذه الأصول كما ذهب إليه ابن القيم من أن بيع المعدوم ليس منهيا عنه مطلقا .. وبناء على رأى الحنفية من أن الاستصناع ليس ببيع معدوم مطلقا أو عندما محضاً .. بل هو معدوم في حكم الوجود كما سنبين ذلك فيما بعد :

وهذا الرأى لى احتفظ به من موقف الحنابلة وهو اجتهدى والله أعلم

(٣٠) اعلام الموقعين ١/٤٧١

(٣١) اعلام الموقعين ١/٤٥٠

(٣٢) انظر الشروط الخاصة للاستصناع في هذه الرسالة ص ١٥٦

رأى الحنفية :

قال الكاساني (٣٣) عن الاستصناع .. أمأجوازه فالقياس أن لايجوز .. لأنه بيع ماليس عند الانسان لاعلى وجه السلم .. « وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم » ثم قال أيضا « وقد خرج الجواب عن قوله أنه معدوم لأنه الحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه ، فلم يكن بيع ماليس عند الانسان على الاطلاق .

قال صاحب العناية (٢٤) .. (القياس يقتضى عدم جواز «الاستصناع» لأنه بيع المعدوم .. وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل) .

وقال ابن الهمام (٢٥) .. ولايصح بيعا (أى الاستصناع) لأنه بيع معدوم .

(٢٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .. أما عن كلامه في أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم .. فقد تكلم عنه صاحب نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية ٤٥/٤ فقال : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قلت : غريب بهذا اللفظ .. وقوله (رخص في السلم) هو من تمام الحديث لا من كلام المصنف صرح بذلك في كلامه .. ولكن رأيت في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ .. فقال : مما يدل على اشتراط الأجل في السلم الحديث الذى قال فيه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عندك ورخص في السلم » فقال : لأن السلم لما كان بيع معلوم في الذمة كان بيع غائب فإن لم يكن فيه أجل كان هو البيع المنهى عنه .. وإنما استثنى الشرع السلم من بيع ماليس عندك لأنه بيع تدعو الضرورة اليه لكل واحد من المتبايعين .. فإن صاحب رأس المال محتاج الى أن يشتري الثمر وصاحب الثمر يحتاج الى ثمنه لينتفعه عليه .. وظهر أن صفقة السلم من المصالح الحاجة .. وقد ساء الفقهاء بيع المحاييج .. فإذا كان حالا بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة .. ولم يكن لاستثنائه من بيع ماليس عندك فائدة « .. ١٠١ .

وقد أخذ منها على أن الحنفية يرون أن السلم والاستصناع وغيرهما جاء على خلاف القياس كما في نظرية الضرر للضرير ص ٣٥٧ يذكر فيها أن القول ببطلان بيع المعدوم مطلقا قول لا تؤيده الأدلة بل هو قول يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها .. فقد أدرك هذا القائلون ببطلان بيع المعدوم وخاصة الحنفية فقرروا أن البطلان هو القياس .. وأن هناك عقودا تجوز استحسانا مع أن المحل فيها معدوم من أوضاعها الاجارة والسلم والاستصناع فهذه العقود وأشباهها معاورد النص بجوازها جاءت على خلاف القياس عندهم».

(١٣٣) أي المستمنع فيه

(٢٤) العناية مع فتح القدير ٢٥٥/٥

(٢٥) شرح فتح القدير ٢٥٥/٥

* البحث السادس :

* رأى النظام الوضعى فى بيع المعدوم :

لما كان محل الالتزام فى المعدوم غير موجود (حاليا) بل هو ممكن الوجود فى المستقبل . . ففى النظام الغربى الوضعى (٢٦) « ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشئ موجودا ، مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، ولا يشترط أن يكون الشئ موجودا فعلا وقت التعاقد . . بل ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشئ موجودا مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، وكثيرا ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرا معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه » . .

وفى الوسيط (٢٧) « اذا كان الالتزام محله حق عينى . . فالشئ الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا . . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشئ موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

فاذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شئ موجود فعلا وقت نشوء الالتزام . . جاز أن يقع الالتزام على أن يوجد فى المستقبل . . فعلى هذا يشترط وجود الشئ المبيع وقت العقد اذا قصد المتبايعان التعاقد على شئ موجود فعلا . . فاذا ظهر فى هذه الحالة أن المبيع لم يكن موجودا وقت العقد فإن البيع لا ينفقد . . وذلك كما لو باع شخص منزلا ثم ظهر أن المنزل احترق قبل العقد أو وقته . .

ويشترط أيضا ألا يكون المبيع مستحيل الوجود اذا كان التعاقد على شئ مستقبل . . لهذا يمكن أن نأخذ هذين الشرطين من المدنى المصرى (٢٨) فى المادة التى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا » .

وفى الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من المدنى المصرى (٢٩) مايدل على جواز بيع الأشياء المستقبلية حيث تقول «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » . . وهو يعنى أن بيع الأشياء المعدومة وقت العقد جائز قانونا مادام وجودها محتملا فى المستقبل .

(٢٦) مصادر الحق للسنهورى ٨/٢

(٢٧) الوسيط للسنهورى ٢٧٦/١

(٢٨) القانون المدنى المصرى م/١٣٢

(٢٩) المدنى المصرى م ١٣١

المنافشة :

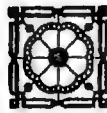
مما تقدم .. يتبين لنا أن بيع الأشياء المستقبلية المحققة الوجود بحسب العادة يجوز بيعها في الشريعة والنظام الوضعي كالسلم، والاستصناع ..

أما المحتمل وجودها من الأشياء المدومة .. فإن الشريعة الإسلامية تمنعها. حين نجد النظام الوضعي يجيزها .. فالنظام الوضعي يجيز مثلاً بيع ما تنتجه الأرض ولو قبل زراعته .. وهذا ممنوع في الفقه الإسلامي .. وهو اختلاف واسع جداً بين النظام الوضعي ونظام الله للدين.

• المبحث السابع :

• حكمة مشروعية الاستصناع:

يقوم الإسلام على أساس حفظ النفس والبدن والمال وغير ذلك ، وسد حاجات الأمور المذكورة أعلاه يكون بعدة صور منها القيام بالصنع الذي يعتبر الطريق الأمثل أمام الجميع منذ القدم. فوضع الإسلام الأسس العامة للتعامل بالصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض. فالصانع يجعل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة وفق شروط طالبيها وهو المستصنع، أما الموجود بالسوق من حاجيات سابقة الصنع قد لا تنفي بالغرض وليس هناك سوى الاستصناع أو عقد المقاوله كحل لسد حاجات المجتمع الإسلامي المتكامل المتطور.



الباب الأول

مفهوم الاستصناع، وهل هو عقد أم وعد؟

* * *

- الفصل الأول : تعريف الاستصناع .
- الفصل الثاني : هل الاستصناع عقد أم وعد؟
- الفصل الثالث : تعريف العقد بصورة عامة .

الفصل الأول : تعريف الاستصناع .

* البحث الأول :

* التعريف اللغوي للاستصناع :

جاء في لسان العرب (١) .. (صنع يصنعه صنعا فهو مصنوع ، وصنع أى عمله . ومن ذلك قوله تعالى (صنع الله الذى أتقن كل شئ (٢))
... الآية)

قال أبو اسحق .. قراءة صنع بالنصب ، ويجوز بالرفع ، فمن نصب فعلى المصدر أى كأنه قال : صنع الله ذلك صنعا .. ومن قرأ بالرفع : صنع الله .. فعلى معنى «ذلك صنع الله» ..

ويقال .. اصطنع فلان خاتما .. اذا سأل رجلا ان يصنع له خاتما .. روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣) : « اصطنع خاتما من ذهب كان يجعل خصه فى باطن كفة اذا لبسه .. فصنع الناس ثم انه رمى به » أى امر أن يصنع له كما تقول : اكتب أى امر أن يكتب له .. والطاء فى اصطنع بدل من تاء الافتعال أى أبدلت التاء طاء لوجود الصاد قبلها ..

واستصنع الشيء .. أى دعا الى صنعه ..

والصناعة هى : حرفة الصانع وعمله الصنعة .. وأما الصناعة فهى ما تستصنع من امر .

وفى الصحاح (٤) .. الصنع بالضم : مصدر قولك صنع إليه معروفا .. وصنع به صنيعاً قبيحاً .. أى فعل .. وصنعة الفرس أيضا حسن القيام (عليه .. فنقول : صنعت فرس صنعا وصنعة فهى فرس صنيع) .

(١) راجع لسان العرب لابن منظور / باب صنع .. وتاج المروس للزبيدي - فصل الصاد من باب العين ، ومعجم متن اللغة - لأحمد رضا ٥٠٠/٣ .

(٢) التحل / ٨٨ .

(٣) هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح أخرجه فى كتابيهما من عدة طرق انظر النهاية فى غريب الحديث والأثر ٥٦/٣ .. نقلا عن الاعتبار ص ٢٢١ - ٢٢٢

(٤) الصحاح للجوهري - باب صنع .

ويقال سيف صنيع : أى مجلو ، وامزاه صناع اليدين : أى امرأة حاذقة ماهرة بعمل اليدين ، ورجل صنيع اليدين : وصنع اليدين أيضا بكسر الصاد : أى صانع حاذق .

ويقال : اصطنعت عند فلان صنعة ، واصطنعت فلانا لنفسى وهو صنيعتى اذا اصطنعته وخرجته .

الخلاصة :

عرفنا أن الاستصناع فى اللغة .. هو : طلب عمل الصنعة من الصانع فيما يصنعه .. وكان الواضح من العرف اللغوى أن الاستصناع هو أن يطلب من صانع أن يعمل له شيئا ما ويصنعه مما هو من حرفته وصناعاته .. كالرجل يطلب من الخياط أن يصنع له ثوبا ومن صانع له حذاء .. وعلى نطاق أوسع فيما بين الدول كأن تطلب الدولة من مؤسسة ما أن تصنع لها سيارات معينة أو طائرات على أوصاف تختلف عما هو موجود فى البلد المصنوع .. أو آلات انتاجية اخترعها شخص ما فى بلدها ..

فالفهم اللغوى .. له تأثير واضح فى تحديد الاستصناع عند الفقهاء
كما سيأتى

* المبحث الثانى :

* التعريف الاصطلاحي للاستصناع عند الفقهاء :

التمهيد :

ان تجديد معنى الاستصناع عند الفقهاء واعترافيهم بمشروعيته او عدمها يأخذ اتجاهين هما :

الاول : وهو اتجاه أكثر الحنفية .. وصورته واضحة عندهم على أنه عقد مستقل أو ما يسمى فى عرف النظم الوضعية عقد مسمى .

الثانى : وهو اتجاه المذاهب الثلاث «المالكية ، الشافعية ، الحنابلة» وصورته عند أكثرهم قريبة الى صورته عند الحنفية .. لكنهم منعه ولم يعطوه ذلك الاهتمام الكبير الا أن السلم بالصناعات كان البديل عندهم فى التعامل بالصناعات .

الفرع الأول تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية)

يأخذ التعريف بالاستصناع عند فقهاء الحنفية طريقتين :

الطريق الأول : تعريفه بذكره صورته (التعريف بالرسم (هـ))

الطريق الثاني : تعريفه بالحد (٦) ..

واليك تفصيل هذا ..

الطريق الأول : (التعريف بذكر صورته أى بالرسم)

ذكر كثير من فقهاء الحنفية صوراً للاستصناع للتعريف به نذكر من أقوالهم مايلي :

السرخسى : قال الامام السرخسى (٧) : فى مبسوطه استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طسوتا (٨) أو كوزا أو آنية من النحاس .. وبمثله قال السمرقندى (٩) وغيره ..

الكاسانى : قال الكاسانى (١٠) : « لو قال انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرها اعمل لى خفا أو آنية من آديم أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع مايعمل وقدره وصفته .. فيقول الصانع نعم » .. وبمثل هذا قال : البأبرتى (١١) : وأبو بكر بن المنذر (١٢) ..

(هـ) الرسم : هو لفظ وجيز يميز المخبر عنه مما سواه فقط دون أن ينبىء عن طبيعته كقولك الانسان هو ضاحك فانك ميزت الانسان بهذا اللفظ تمييزا صحيحا مما سواه الا أنك لم تخبر بطبيعته لأنك لو توهمت الضحك مرتفعا عن الانسان لم تبطل بذلك عنه الانسانية ... انظر الاحكام لابن حزم ٣٤/١ — مطبعة الامام — مصر .

(٦) الحد : هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشيء المخبر عنه كقولك الجسم : هو كل

طويل عريض عميق فان الطول والعرض والعمق هى طبائع الجسم لو ارتفعت عنه

ارتفعت عنه الجسمية ضرورة ... انظر الاحكام لابن حزم ٣٤/١ .

(٧) المبسوط ١٢٨/١٢ .

(٨) الطسوت فى لغة ، والطس فى لغة اخرى لطفى .. وهو اثناء يستعمل للغسيل انظر

مختار الصحاح — باب الطاء .

(٩) انظر تحفة الفقهاء ٥٢٨/٢ ، وراجع مخطوطة جامع المصدر الشهيد ترتيب الجامع

الصغيرة للامام محمد بن الحسن ٦٣/١ .

(١٠) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(١١) العناية على الهداية ٣٥٤/٥ .

(١٢) مخطوطة الاشراف فى مسائل الخلاف والاجماع ص ٢٧ — فقد جاء مائمه :

« واختلفوا فى الرجل يستصنع عند الرجل الشيء مثل الطسوت والابريق والقلنسوة

والخف وما اشبه ذلك .. فوصف له صنعة معلومة معروفة عند أهل العلم بتلك

الصناعة انتهى ..

الكمال بن الهمام (١٢) : أما ابن الهمام فقد زاد في أمثلة وصور الاستصناع التي تمثل ماكان معروفا في عصره كصناعة الزجاج والحديد والطواحن وغير ذلك .. وبما يقارب هذا وذلك قال ملا خسرو (١٤) .

مجلة الأحكام العدلية :

وأما مجلة الأحكام العدلية المتأخرة عصرا .. فقد جاءت بصور أخرى تدل على ما في ذلك العصر من صور جديدة .. غفى المادة (٣٨٨) مائنه (١٥) : مثلا : لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له : أصنع لى زوجى خف ... أو تقاoul مع نجار على أن يصنع له زورقا أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع .. كذلك لو تقاoul مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشا ، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع .

مانتيده هذه الصور من نوع المال المصنوع :

ماذكره الفقهاء من أمثلة وصور وهى كثرة قد أفادتنا بما يلى :

١ — ذكروا أمثلة الاستصناع عندهم وفى وقتهم وهى المعتادة والمتعارضة بين الناس . فالسرخسى ذكر الخف وبمثله قال السمرقندى والكاسانى والبايرتى وابن الهمام . فهؤلاء جميعا جاءوا بنفس الصورة تقريبا : الخف والطست والقلنسوة .. الخ أما فى العصور المتأخرة : فقد اتسعت الحضارة ، وبدأت اأشياء مصنوعة جديدة كما فى عهد العثمانيين .. فنجد الأمثلة قد توسعت الى الثياب والأسلحة حربية كانت أو سلمية .. والسفن الشراعية وما الى ذلك .

= * وابن المنذر : هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابورى كان فقيها عالما صنف فى اختلاف العلماء كتباً لم يصنف مثلاً — توفى سنة ٣٠٦ هـ — أو سنة ٣١٠ هـ — راجع وفيات الأعيان ٤٤/٢ نقلا عن نظرية الإباحة المذكور من ٤١١ .

(١٢) فتح القدير ٣٥٤/٥ .

(١٤) الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام ١٩٧/٢ .

(١٥) مجلة الأحكام العدلية — مادة (٣٨٨) .. انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لملى حيدر .. وانظر شرح المجلة المذكورة لباز ص ٢١٨ .

٢ — المادة الخام : أما المادة الخام المستعملة في هذه الأدوات المصنوعة فالملاحظ أنها تتكون من النحاس والجلد إلا أن بعضهم كابن الهمام ذكر الحديد والزجاج والطواجن التي تتكون عادة من الحجر .

٣ — وأخيرا .. فهذا لا يمنع أن تدخل اليوم في الاستصناع انواع جديدة ومواد خام لم تكن مستعملة سابقا .. فالحطائرة والصاروخ والبيوت الجاهزة والسيارات والأثاث ومواد البناء والآلات الدقيقة كالساعات وغير ذلك من المعدات التي يحتاجها العصر الخاضر .. وتلمى علينا الظروف الصحية والاقتصادية والتعليمية والزراعية والصناعية الحاجة اليها والتي تعورف على الحصول عليها عن طريق الاستصناع . يمكن أن يدخل التعامل بها عن طريق الاستصناع ..

الطريق الثانى لتعريف الاستصناع :

* التعريف بالحد :

بعد أن ذكرنا من عرفه بذكر أمثله وصوره نبين هنا من أراد تعريفه بالحد وهو عند الحنفية على اتجاهين :

الاتجاه الأول :

* العينى (١٦) : قال العينى .. الاستصناع هو (أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئا بثمن معلوم) .

* ابن عابدين (١٧) : قال ابن عابدين هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص .

* مرشد الحيران (١٨) : ويمثل تعريف ابن عابدين ذكر فى مرشد الحيران وغيره (١٩) .

(١٦) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ٥٦/٢ ، ٥٧

(١٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٢٢/٥ .

(١٨) مرشد الحيران / محمد قنرى باشام / ٤٦٢ .

(١٩) عرفه من المعاصرين الشيخ على الخفيف ، والشيخ فهمى أبو سنة .. إلا أن أبو سنة زاد في تعريفه قيدا هو من الشروط التى وشعتها المجلة فى الاستصناع بصورة خاصة فقال فى ص ١٢٨ من كتابه « العرف والعادة » (أن يطلب من الصانع عمل شيء بتأدته من منده على وجه خاص)

ما سبق .. يتبين أن المعرفين للاستصناع لم يبينوا كونه عقدا أو وعدا، وهل هو بيع أم غير بيع .. فهذا الاتجاه في التعريف هو الذي دفعنا إلى تقديمه على غيره من التعريفات .. لأن الإطلاق هذا يجعل لهذا النوع من التعريف مكانة خاصة . علما بأن تعريف مرشد الحيران لا يختلف عن ابن عابدين شيئا .. وكلاهما لا يختلفان عن العيني إلا أن التعريفين الآخرين زادا التخصيص في الشيء والوجه المخصوص وهما وصف للشيء المذكور عند العيني لا أكثر .

والذي أراه أن هذه التعريفات هي نفس المعاني التي يراها الحنفية في أن الاستصناع نوع من البيع .. لأن طلب المادة مع الصنعة وبثمن معلوم يستدعي مبادلة مال بمال بالتراضي عند الحنفية (٢٠) .. والبيع عند إطلاقه يكون عقدا لا وعدا .

الاتجاه الثاني :

وبصيغة أخرى عرفه بعض الحنفية على النحو الآتي :

هو بيع : قال ابن عابدين (٢١) .. الاستصناع هو (بيع عين موصوفة في الذمة لبيع عمل) .

هو عقد : ومنهم من صرح تصريحاً واضحاً بكون الاستصناع عقدا منهم الكاساني والسرقتندي قال الكاساني (٢٢) : يرى بعض الفقهاء أن الاستصناع هو « عقد على مبيع في الذمة » .. قال السرقتندي (٢٣) أن الاستصناع « عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع » .

وبمثل هذا القول .. نقل لنا الكاساني قول بعض الفقهاء (٢٤) .
هو عقد مقاوله (٢٥) : أما مجلة الأحكام .. فتري أنه « عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا » .

(٢٠) فتح القدير / ابن الهمام / ٧٢/٥ .

(٢١) حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(٢٢) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٢٣) نفس المصدر السابق .

(٢٤) تحفة الفقهاء للسرقتندي ٥٣٨/٢ .

(٢٥) قاوله في أمره وتناول أي تفاوضا — انظر مختار المسحاح باب القاب .. وعقب على حيدر في شرحه بأن هذا تعريف الاستصناع شرعا في المجلة .. انظر دور الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٩/١ . لعلي حيدر .

ومن كل ما تقدم .. يمكن أن نستخلص ماهية وحقيقة عقد الاستصناع عند الحنفية بالكيفية التي توصلت اليها المجلة العدلية بقولها « اذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع اصنع لى الشيء الفلانى بكذا قرشا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعا » . ومثلت أمثلة من واقع الأمر كما لو طلب الصنع من النجار فى صنع الزورق أو السفينة أو السلاح (٢٦) .

المقارنة :

من التعاريف السابقة عرفنا بأن تعريف البعض من فقهاء الحنفية له شبه كبير بالتعريف الذى ساقه البعض الآخر ، ولتفصيل هذا نقول :

السمرقندى .. عرفه كتعريف بعض الفقهاء المنقول لنا عند الكاسانى .. وتعريف العيني شابهه تعريف ابن عابدين .. الا أن ابن عابدين لم يذكر قيد « بثمن معلوم » وأن هذا القيد معروف بديهيًا فى عقود المعاوضات .. فما دام الصانع يستعد بالمادة الخام والعمل فلا بد أن يكون فى أغلب الأحوال بثمن معلوم ..

ولكن تعريفهما مع ترك هذا القيد يقرب جدا الى تعريف السمرقندى والتعريف الذى نقله لنا الكاسانى .. لأنها ذكرنا قيد « بطلب العمل من الصانع » والمعروف أن الصانع اذا ما طلب منه صنع شيء ما وتم القبول منه صار عقدا .. وتعريف السمرقندى وتعريف بعض الفقهاء متفقان على أن الاستصناع عقد .

التعريف المختار للاستصناع :

بعد الاستعراض المذكور أرجح وأختار التعريف التالى لعقد الاستصناع الذى هو :

عقد على مبيع فى الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص .

وجه الترجيح :

١ - التعريف الذى ذكر خاليا من قيد شرط العمل وهو « عقد على مبيع فى الذمة » تعريف غير مانع ذلك لأنه يدخل فى التعريف عقد السلم فيصبح

(٢٦) موسومة مصر للفتاوى ١٠/٧ جاءت بتعريفين بالاستصناع فيها تشابه كبير مع التعاريف الفقهية السابقة وهى منها بلا شك .

التعريف جامعا غير مانع .. وشرط التعريف أن يكون جامعا لأفراد المعرف مانعا من دخول غير أفراد فيه .

٢ - التعريف المذكور والمختار يوافق المعنى اللغوي ..
فلاستصناع طلب الصنعة والعقد عقد استصناع .. غلابد في العقد من قيد شرط الصنعة .. وبذلك قال الكاساني (٢٧) .

٣ - أما من قال بأن شرط الصنعة ليس قيدا في التعريف بدليل أنه لو تعاقد على مبيع في الذمة وأحضر الصانع عينا قد صنعها قبل العقد ورضى بها المستصنع وسلمها له انعقد للعقد وصح .

يرد على ذلك .. بأن العقد هنا قد تم بطريق آخر غير الطريق الأول هو طريق التعاطي ..

شرح التعريف :

القول بأنه « عقد » يخرج ما هو وعد عند أكثر فقهاء الحنفية وهو ما فصلته سابقا والقول بأنه « مبيع » قيد ثان احترز به عن الاجارة لأنها عقد على منافع وليست على عين .. واحترز به أيضا عن العقد على العمل أو الاجارة على العمل فهو ليس بعقد على مبيع ..

والقول بأنه « على مبيع » ينبىء على أن هناك شيئا يباع .. وهو في الاستصناع المادة الخام .. التي يستعد بها الصانع .. والمعروف أن المادة في الاجارة على العمل من عند المستأجر .. وعلى الاجير العمل فقط .
والقول بأنه « في الذمة » قيد ثالث احترز به عن البيع باطلاقة .. اذ أن من شروط البيع أن يكون مقبوضا في المجلس وهنا المطلوب صنعه في الذمة ..

والقول بأنه « شرط فيه العمل » قيد رابع احترز به عن السلم اذ ان السلم هو بيع آجل بعاجل (٢٨) .. ففيه مبيع في الذمة .. وقيل (٢٩) هو أخذ ثمن عاجل بآجل .. والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلا .. وهذا يكفي لاجراج السلم من التعريف .. ويؤيد هذا ما نقل لنس السمرقندي (٣٠) في البيع بأنه أربعة أنواع : فذكر منها : « بيع الدين بالعين

(٢٧) انظر البدائع ٦/٢٦٧٧ .

(٢٨) فتح القدير لابن الهمام ٥/٣٢٣ .

(٢٩) حاشية سبكي جلد ١ مع فتح القدير ٥/٣٢٣ - .

(٣٠) تحفة الفقهاء ٥/٢ ، ٦ .

وهو السلم » .. وأن المسلم فيه مبيع وهو دين .. ورأس المال قد يكون عينا ، وقد يكون دينا .. ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدین بأنفسهما فيصير عينا .

أما في الاستصناع فلا يشترط فيه القبض عند أكثر الفقهاء وهم الجمهور من الحنفية وشيء آخر هو أن السلم لا يشترط أن يكون المسلم فيه مصنوعا ، بل في الغالب يكون طعاما أو حيوانا أو غير ذلك .. المهم أن لا يشترط فيه الصنع .. فقد يكون مصنوعا أو غير مصنوع ..
أما الاستصناع فيشترط فيه الصنع .. والشرط « يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي (٣١) » .

أما القول بأنه « على وجه مخصوص » أى جامع لشرائط الاستصناع التى منها بيان جنس المعقود عليه ونوعه وصفته وقدره . وكونه مما جرى باستصناعه في العرف وهو احتراز عما لم يستجمع الشروط .. حيث يكون استصناعا فاسدا ..

وهذا ما رجحه الكاسانى بقوله : والصحيح هو القول « بأنه عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل » .. لأن استصناع : طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا .. فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ..

ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما .. وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعانى في الأصل .. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فأنبا جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما .

مقومات الاستصناع :

في التعريفات السابقة .. تجد أن الاستصناع يقوم على مستصنع وصانع ومال مصنوع وثمان ..

فالمستصنع : هو طالب الصنعة إذا باشره بنفسه أو بواسطة وقد يكون فردا أو مؤسسة .

(٣١) البدائع : ٢٦٧/٦ .

والصانع : هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل .. اذا باشر الصنع هو أو من يقوم مقامه كالصانع الذي يعمل عنده أو يعطيه العملية بكاملها (٣٢) ويكون «الصانع» المتعاقد مستولا عن كل شيء».

المال المصنوع : هو محل العقد .. فعند تحويل المادة الخام الى شيء آخر متفق عليه يسمى هذا المحول بالمال المصنوع .. أو المستصنع أو المستصنع فيه حسب تعابير الفقهاء.

والثمن : هو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع.

الالفاظ ذات الصلة

- ١ - الاجازة على الصنع : عند بعض الفقهاء (١٢٢) بيع عمل ، العين تبع وهذه تختلف عن الاستصناع حيث أن الأخير بيع عين موصوف في الذمة وليس بيع عمل ، وفي الاستصناع تكون المادة والعمل من الصانع ، حين الاجارة على الصنع تكون المادة من المستأجر لا من الصانع.
- ٢ - الجعالة : التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه، وهي عقد على عمل (٣٢ ب) فهي في الصناعة وغيرها ، حين الاستصناع خاص بالصناعات.
- والجعالة قد يكون العمل فيها مجهول ، والاستصناع كما يذكر الحنفية يشترط فيه أن يكون العمل معلوماً.
- ٣ - السلم بالصناعات : ويرد توضيح مقارب في ص ١١٧ من كتابنا هذا.

(٣٢) يسمى مثل هذا التعاقد بالمقاوله على الباطن في النظم الوضعيه.

(٣٢) (١) المبسوط ٨٤/١٥ م دار المعرفة / بيروت.

(٣٢) (ب) مغني المحتاج ٤٢٩/٢ ط م الحلبي.

الفرع الثاني :

تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الثاني :

التمهيد :

ان بحث الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الثاني وهم :

المالكية الشافعية الحنابلة

أمر ليس بالهين وخاصة لاستخلاص تعريف أو بيان حكم أو مالى ذلك .. فهم بمجموعهم انفردوا باتجاه خاص فى عقد الاستصناع .. وسبب هذا كله أنهم لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كما فعل الحنفية .. بل ادمجوا مسائله تارة فى عقد السلم وتارة أخرى فى البيع بالصفة .

علما بأن بعضهم — كما سنورده فيما بعد — منعه صراحة (٣٣) ، والآخر شبهه بالسلم تشبيها لا تمثيلا (٣٤) ، ومع هذا كله سألوا استخلاص تعريف له عندهم .

وللدخول فى هذا .. يستحسن أن نأخذ فكرة موجزة عن مدى تكييفهم لـ « استصنع » ، واستصناع .. وهل يفهم من استعمالهم للكلمات تلك أنهم فهموا الاستصناع كعقد مستقل .. أم كما قلت سابقا أنهم ادمجوا مسائله فى عقد السلم ، أو البيع على الصفة ..

المطلب الأول :

تعريف الاستصناع عند المالكية :

يستعمل فقهاء المالكية لفظة (استصنع) (واستصناع) فى أواخر باب السلم . فهذه الالتفاتة منهم تفرح الدارس فتشده إليها ظنا منه أنهم اهتموا بالاستصناع كعقد مستقل كفقهاء الحنفية .

(٣٣) وهم الشافعية (انظر الأم للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها ، شرح المنهاج للمحلى ٣٣٩/١ وما بعدها) . والحنابلة فى (الفروع ٢٣/٢ ، الاتصاف ٤ / ٣٠٠) (٣٤) المالكية : (انظر مواهب الجليل للحطاب ٥٣٩/٤ ، الدونة للابام مالك ١٨/٩ وغيرهما مما سنذكر من المراجع) .

لكنه عند التدقيق والتحقيق في نصوص مذهبهم نجدهم يشبهون مسائل الاستصناع بالسلم .. فيشترط فيه شروط السلم ، فهم لم يعتبروه عقدا مستقلا بل أدرجوا مسأله ضمن مسائل السلم ، ويتضح ذلك من النصوص التالية :

خليل : جاء في مختصر خليل (٣٥) عند البحث في السلم وبالذات عندما تكلم عما يجوز السلم فيه وما لا يجوز قال : والشرء من دائم العمل كالخباز وهو بيع وأن لم يدم فمسلم : كاستصناع سيف أو سرج .. فنعطف الاستصناع على ما يجوز السلم فيه .

مالك : وجاء في المدونة (٣٦) .. قلت ما قول مالك في رجل استصنع طستا أو تنورا أو قمحا أو قلنسوة أو خفين أو لبدا (٣٧) أو اصطنعت سرجا أو قارورة أو قدحا أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آتيتهم أو امتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات .

ابن رشد في المقدمات : أما ابن رشد فقد لخص لنا رأى المالكية في السلم بالصناعات ، وأعطى حكم هذا التعامل بأنواعه ، وعد أنواع السلم بالصناعات بأنها أربعة (٣٨) وعد منها ما إذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولم يعين ما يعمل منه .

(٣٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — الخطاب ٥٣٩/٤ .

(٣٦) المدونة الكبرى — للإمام مالك ١٨/٦ .

(٣٧) اللبد : بوزن الجذ اللبود أو اللبدة أخص منه قلت وجمعها لبدة واللبادة : ما يلبس منه للبطر .. مختار الصحاح باب اللام — وقيل (ما له سبد) ولا لبذ يفتح الباء فيهما أى قليل ولا كثير .. والسبد من المشعر واللبد من الصوف . أنظر أيضا مختار الصحاح باب السين .

(٣٨) قال ابن رشد في المقدمات ١٥٩/٢ وما بعدها (وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام ..

* أحدهما : أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ، ولا يعين ما يعمل منه

ثانيهما : أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه ..

ثالثهما : أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه .

رابعهما : أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه ..

* فأما الوجه الأول .. وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه فهو سلم على حكم

السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وشرب الأجل وتقديم رأس المال ..

* وأما الوجه الثاني .. فليس هو بسلم وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء

المبيع .. فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل أو تمكن إعادته للعمل

أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز : على أن يشرع في العمل وعلى أن

يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك .. فإن كان على أن

يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره .. وإن كان على أن يتأخر

الشروع في العمل إلى الثلاثة الأيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط .. حتى

يشرع في العمل

وحكم هذا النوع عنده : هو سلم على حكم السلم لا يجوز الا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال . .

يستدل من قول ابن رشد . . أن من يطلب من صانع صنع شيء له فهو جائز ولكن حكمه حكم السلم وبشروط السلم لا يخرج عنها ، ونحن نعرف أن الاستصناع موضوع بحثنا هو ما كان فيه طلب صنعة على وجه مخصوص ويكون بالذمة . . ولم يعين فيه العامل . . بل أطلق الطلب . . فقد يكون الصانع نفسه أو غيره . . وكذلك لم تعين المادة بالذات بل وصفت بأوصاف معروفة تخرج العقد عن المنازعة . . وهذه كلها ذكرها ابن رشد لكنه أضاف بأن يكون بشروط السلم . . والسلم يشترط فيه مثلا دفع رأس المال مقدما . . وعند المالكية يجوز الى ثلاثة أيام . . حين نجد فيما بعد بأن هذا ليس بشرط . . فقد يدفع وقد لا يدفع المستصنع فهو ليس بشرط عند الحنفية .

الرددير :

يقول الرددير (٢٩) . . ثم شبه في السلم قوله : (كاستصناع سيف) أو ركاب من حداد أو سرج من سروجي أو ثوب من حياك أو باب من نجار على صفة معلومة بثمن معلوم فالتعاقد على صنع شيء يأخذ حكم السلم عندهم . . قال الرددير (٤٠) وقول خليل كاستصناع سيف . . . تشبيهه لا تمثيل .

أنواع المال المصنوع عند المالكية :

بعد أن تبين لنا موقف المالكية من الاستصناع وهو أنه عقد جائز شبيهه بالسلم وبشروطه ، نريد أن نعرف موقف المالكية من هذا العقد

= أما الوجه الثالث . . وهو أن لا يشترط عمله بعينه ويمين ما يعمل منه فهو أيضا من باب البيع والأجرة في المبيع . . الا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره الى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره .

الوجه الرابع . . وهو أن يشترط عمله ولا يمين ما يعمل منه . . فلا يجوز ذلك لأنه يحتويه إعلان متناقضان لزوم النقد لكون ما يعمل منه مصنونا وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه .

* وابن رشد هو : محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة من أعيان

المالكية وهو جد ابن رشد الفيلسوف توفي سنة ٥٢٠ هـ . انظر الأعلام ٢١٠/٦

(٢٩) الشرح الصغير للرددير ٢٨٧/٣

(٤٠) نفس المصدر السابق ٢٦١/٣

بالنسبة للمادة المستنعة هل الجواز عام في كل مادة تستصنع ..
أم الجواز خاص ببعض المواد الخام المستنعة دون البعض الآخر ..
وللوصول الى ذلك نرجع الى نصوص المذاهب الواردة في هذا
الموضوع فنجدها كما يلي :

انها لم تقيد الجواز لا بمادة خام واحدة ولا بصنعة معينة الشرط أن
لا يكون هذا العقد مصادما لنص شرعى يمنعه ..

سبب هذا الاطلاق : أن سبب هذا الاطلاق في أنواع المال المصنوع
والمادة الخام هو أنهم يكتفون هذا التعامل على عقد ورد جواز العمل به
في القرآن والسنة والاجماع .. الا وهو السلم .. فكل ما جاء وفق شروط
السلم يجوز التعامل به . وما ذكروه انها هو للتسهيل لا للحصر ..

تعريف الاستصناع عند المالكية :

الاستصناع في اللغة .. طلب الصنعة .. وطلب الصنعة عند المالكية
أن كان من غير تعيين للعامل ولا الممول منه (المادة الخام) فهو شبيه
بالسلم ويأخذ حكمه بشروطه فالذى استخلصه من هذا أن تعريفه
عندهم هو :

بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه يشترط فيه الصنع ..

اساس التعريف :

أخذنا تعريف الاستصناع هذا من تعريف السلم عند المالكية .. فمقد
عرفه فقهاء المالكية عدة تعريفات اخترت منها ما قاله صاحب اقرب
المسالك (٤١) ، واضفت عليه القيد الأخير .. علما بأن هناك عدة تعريفات
لفقهاء آخرين (٤٢) ..

(٤١) الشرح الصغير للدردير ٢٦١/٣

(٤٢) تعريفات فقهاء المالكية للسلم عديدة منها ما عرّفه ابن عرفة بأنه (عقد معاوضة
يوجب عبارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير مماثل العوضين) انظر مواهب الجليل
للحطاب ٥١٤/٤ ، وما عرّف في الشرح الكبير ١٧٠/٣ بأنه بيع تنضم فيه رأس المال
ويتأخر الثمن لاجل .

(*) ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن عرفة البدرغى أبو عبد الله المالكي إمام تونس
وعالمها وخطيبها في عصره توفي سنة ٨٠٣ هـ — انظر الاعلام ٢٧٢/٧ .

فأساس التعريف هو أن السلم (٤٢) بيع موصوف مؤجل في الذمة في غير جنسه .

شرح التعريف :

التعريف الذى اراه للاستصناع يكون شرحه كالاتى :
القول بأنه « بيع موصوف » ينبىء على أنه نوع من أنواع البيوع . .
فيدخل فيه الطعام والعرض ، والحيوان ، وغير ذلك مما يوصف .
وكلمة « موصوف » يخرج به المعين بالذات . . فبيعه ليس بسلم بالصناعات .

القول بأنه « مؤجل » : يخرج غير المؤجل كالبيع الحال .
والقول بأنه « فى الذمة » : معناه ذمة المسلم اليه . . فيخرج بيع الموصوف ، فهو ليس فى الذمة . . كبيع ما فى المعدل . . وكبيع موصوف بمكان غير مجلس العقد وبيع الآجل لأنه اشتراء معين بثمن مؤجل .
والقول « بغير جنسه » : قيد يخرج ما اذا دفع شيئا فى جنسه وليس بسلم شرعا .

والقول « يشترط فيه الصنعة » قيد يخرج السلم فى المزروعات والمواد غير المصنوعة أو المطلوب صنعها .

وهذا التعريف الذى اخترته هو تعريف للسلم كما قلت . . بزيادة القيد الآخر . . فعلى هذا . . يكون الاستصناع الذى بحثه الحنفية . . هو غير الذى بحثه المالكية . . فالاستصناع عند المالكية : بعيد عن دراستنا ، وانما أردنا بيان موقفهم مع مثل هذا التعامل ، وهو ما سنبينه عند الكلام عن حكم الاستصناع — ان شاء الله .

* المطلب الثانى :

* تعريف الاستصناع عند الشافعية :

* التمهيد :

أن أخذ تعريف للاستصناع أو حكم له عند الشافعية أمر صعب وذلك لأن الشافعية جروا على ما جرى عليه غيرهم من المالكية والحنابلة من عدم اعتبار الاستصناع عقدا مستقلا . . بل هو مدرج ضمن مسائل السلم.

(٤٢) الشرح الصغير للدردير ٣/٣٦١

لذا سأتكلم عن الاستصناع عند الشافعى أولا وذلك ببيان رأيه فى السلم بالصناعات .. وأردفه بقول الحنفية عنه بالمنع لكى أخلص من هذا كله لتعريف الاستصناع ذلك العقد الذى منعه الشافعى .

أما أصحاب الشافعى .. فسأبين رأيهم فى السلم بالصناعات لأن طلب الصنعة له حل عندهم وذلك عن طريق السلم بشرط ضبط الصفات .. وأخيرا أبين رأى أحد فقهاء الشافعية فى أنواع السلم بالصناعات .

السلم بالصناعات عند الإمام الشافعى :

جاء فى الأم (٤٤) للشافعى أن السلم بالصناعات ينقسم الى قسمين :
القسم الأول : وهو ماكان من مادة خام واحدة ماعدا المادة المزينة .

القسم الثانى : وهو ماكان من مادتين خام فأكثر ماعدا المادة المزينة (٤٥)
واليك التفصيل :

القسم الأول :

وهو السلف فى الصناعات المكونة من مادة خام واحدة .. جاء فى الأم (٤٦) أن مايصنع من مادة خام واحدة كالحديد أو الخشب أو الرصاص ، أو الذهب ، أو الفضة يجوز السلف فيها ، ولو كان معها مادة مزينة كالصبغ فى الخشب والحديد أو المسمار فى الخشب . أو الخيط فى القطن .. أو الصوف فى الأثياب .

فهو يرى إذن .. أن طلب الصنعة للمادة الخام الواحدة جائز .. ويعطيه حكم السلم كغيره من أصحاب الاتجاه الثانى لكنه فصل بين ما اذا كان المستصنع فيه من مادتين خام فأكثر .

وعلة الجواز فى هذا القسم كون المادة الخام الواحدة يمكن ضبطها ومعرفة ما وضع منها وكميته أو وزنه وهو الذى يركز عليه الشافعى عند

(٤٤) انظر الأم : للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها .

(٤٥) يفهم من رأى الشافعى فى المادة المزينة انها تلك المادة التى لاتعتبر مادة أساسية فى الصنع ، وانما هى لتحسين أمر الصنع سواء بمساعدة الصانع فى أمر الصنعة أو بتزيين المال المصنوع .. فالماء مادة مع أن الطين لايمكن أن يكون شيئا آخر للبناء الا به .. ولكنه لايعتبر مادة خام ثابتة يؤدى وجودها الى الجهالة .

(*) وكذلك الصبغ فى الخشب يعتبر مادة مزينة ولايعتبره مادة أساسية عنده .

(٤٦) انظر الأم للشافعى ص ١١٦/٢ وما بعدها .

الكلام في السلف .. وعلى هذا يمكن معرفة قدر العمل المبذول في الصناعة ..
فلا يحصل نزاع بين طالب الصناعة والصانع .

وعليه .. فان التعامل على هذه الصورة لا يعتبر استصناعا عند الامام
الشافعى على ما سنبينه في القسم الثانى — ان شاء الله —

القسم الثانى :

ما كان المصنوع من مادتي خام فأكثر ما عدا المادة المزينة ..
جاء في الأم (٤٧) عند الكلام عن السلف في الشيء المصلح لغيره .. ويعنى
الامام الشافعى بهذا .. ما خلط بشيء غير جنسه .. كالحديد والنحاس
وغير ذلك من مواد الخام التى يمكن أن يخلط بعضها ببعض بشرط أن يكونا
مختلفين في الجنس واذا ما خلطا لم يعرفا .. أو لم يكن غرز بعضها عن
الآخر بالأمر الهين .

فيري الشافعى .. أن هذا الخلط أو هذا الصنع الذى تم بين هذين
الجنسين من قبل الصانع ولو استطاع المستصنع أن يضبط ما صنع بالوزن
أو العدد ولو كان الذى خلط قائما في المال المصنوع .. لا خير في السلف
بهذه الصورة .

وعليه عنده أنه اذا اختلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ولم يدركم قبض
من مادة الخام الأولى ولا الثانية .. فعنده السلف بهذه .. انها هو سلف
بجهول .. ومثل الشافعى لهذا بالمصنوعات الحلوية كالسويق .. وهو
يتكون من سكر ودهن ولوز .. وكذلك مثل بمصنوعات الثياب التى يتم
التعامل بها على أساس السلم عنده .

اما الأوائى .. فأجاز الشافعى السلف فيها بشرط أن لا تدخل في
اسباب المنع عنده .. **ومن اسباب المنع :** عدم ضبط المادة الخام من
حيث صفتها ووزنها ونوعها وكل ما يتعلق بالضبط من كل الوجوه ..
وشروط المنع هذه .. انها وضعت اذا كان المال المصنوع من مادتي
خام فأكثر مختلفين في الجنس .

(٤٧) انظر الام للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها فقد جاء فيها انه « لو شرط أن يعمل
له طستا من نحاس وحديد ، أو نحاس ورمصاص ، لم يجز لانهما لا يخلسان
ليعرف قدر كل واحد منها .

ويفهم من هذا أن الشافعى يجيز طلب الصنعة .. ولو كانت من مادتين فأكثر أن توغرت الشروط من حيث ضبط الصفات للمادة الخام ووزنها وبيان جنسها ونوعها . فكل هذه تمنع الجهالة المؤدية للنزاع بين الطرفين .

لكن يا ترى .. هل أجاز الشافعى الاستصناع أم منعه ؟ هذا ماسنفضله فيما بعد عند الكلام عن حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى — ان شاء الله .

تعريف الاستصناع عند الامام الشافعى :

لكى نأخذ تعريف الامام الشافعى للاستصناع لابد من السير فى اتجاهين هما : ما جاء فى كتابه الام ، وما جاء فى كتب الحنفية نقلا عن الامام الشافعى .

ما جاء فى كتاب الام :

قلنا أن الشافعى أجاز طلب الصنعة ان كان المطلوب صنعه لا يؤدي الى جهالة فى قدره أو فى جنسه أو فى نوعه جهالة مؤدية الى النزاع .

وتأسيسا على ذلك .. يرى الشافعى (٤٨) .. أن الاستصناع جائز اذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة أو من مادتين لا يؤدى الى جهالة قدرهما الى المنازعة .. بأن أمكن معرفة قدر كل منهما لتمييزهما عن بعضهما .. والا فلا يجوز فيهما اذا اختلطا .. ولم يكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر .. فقال الشافعى « لو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد لم يجز » .. وعلل الشافعى عدم المنع بقوله (...) لأنهما لا يخلصان ليعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ فى الثوب لأن الصبغ فى الثوب زينة لا يغيره .. ان ضبطت صفتة .. وهذا زيادة فى نفس الشئ المصنوع) .

الى هنا انتهى حكم الشافعى فى طلب الصنعة ان كان المال المطلوب صنعه يتكون من مادتين فأكثر .. وهذه القاعدة تطبق عند الشافعى على كل ما استصنع .

(٤٨) الام للشافعى ١١٦/٢ .

ولهذا .. قال الشافعي بعد ذلك عطفًا على ما نقل عنه أننا « وهكذا كل ما استصنع (٤٩) » .

فمن هذا .. أستطيع أن أستخرج تعريفًا للاستصناع عند الشافعي فأقول :

الاستصناع هو : « بيع موصوف في الذمة يشترط فيه الصنعة » .

شرح التعريف :

قولنا بيع موصوف في الذمة : قيد يحترز فيه عن بيع المعين .. فإنه لا يجوز السلم فيه (٥٠) .. والسلم هو : بيع موصوف في الذمة عند الشافعية (٥١) ..

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد أخرج ما يجوز السلم فيه من المطعومات كالرز والحنطة والحيوانات والنباتات وغير ذلك .

تعريف آخر للاستصناع عند الشافعي :

أوردت بعض كتب الحنفية (٥٢) حكم الاستصناع عند المانعين .. فلم تذكر سوى الشافعي من المذاهب الأخرى وزغر من الحنفية ..

ولست هنا بصدد بيان حكمه عند الشافعي وزغر أو غيره .. بل أقول أن تعريفه عند الشافعي هو نفس تعريف الاستصناع عند الحنفية فهو عند الحنفية حسب ما اخترت من التعاريف (٥٣) « عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص » .

(٤٩) الأم ١١٦/٢ .

(٥٠) شرح المنهج للمحلى ٣٣٩/١ .

(٥١) السلف عند الشافعية له تعريفات كثيرة اخترت منها مايلي :-

قال المحلى : السلم ويقال له السلف وهو بيع موصوف في الذمة . انظر شرح

المنهاج ٣٣٩/١ .

وقال ابن حجر . السلم هو بيع شيء موصوف في الذمة . انظر تحفة المحتاج

٢/٥ .

وذكر لنا النووي عدة تعريفات في روضة الطالبين ٣/٤ : أحدها أنه عقد

على موصوف في الذمة ببذل يعطى آجلاً .

وثانيها : هو اسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة .

وثالثا : هو اسلاف عاجل في عوض لا يجب تعجيله .

ثم يعقب النووي على هذه التعريفات بقوله : أن السلم بيع .

(٥٢) انظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٥٣) انظر تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الاول السالف الذكر .

وبما أن فقهاء الحنفية أوردوا لنا رأى الشافعى فى الاستصناع محل
البحث والدراسة عندهم ذو التعريف الخاص به كعقد مستقل استخلصت
هذا التعريف — والله أعلم —
الترجيح :

بما أن الحقائق العلمية تفرض علينا أن لا نأخذ رأى المذهب الا من كتب
أصحابه المعتمدة فى المذهب .. فالذى أرجحه هو تعريفه الذى استخلصته
من كتاب الأم السالف الذكر .. وهو أقرب الى التعريف الثانى .. من جهة
كونهما ينصان على أن الاستصناع عقد على مبيع فى الذمة مشروط فيه
الصنعة .

وبذلك كان تعريف الشافعية كتعريف المالكية واتجاههما معا متفق
على أنه عقد سلم يندرج تحت مسائل السلم وبشروطه .

*** المطلب الثالث :**

تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

*** التمهيد :**

من أول وهلة .. يمكن أن نعطى رأى الحنابلة بالاستصناع الا وهو
المنع . الا اننا نريد أن نعرف أن شيئا آخر وهو ماهو الاستصناع الذى
منعه الحنابلة ... وأين وضعوا بحته .. هل وضعوه كالمالكية
والشافعية فى السلم ؟ وما موقفهم من السلم بالصناعات ؟

تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع والانصاف وغيرهما أن الاستصناع غير جائز
نقلا عن القاضى وأصحابه بأنه (٥٤) لا يصح استصناع سلعة لأنه باع
ماليس عنده على غير وجه السلم .. وقيل (٥٥) لا يصح استصناع سلعة
بأن يبيعه سلعة يصنعها له .. لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه
السلم « .

فيمكن أن نأخذ تعريفه من هذين النصين بأن الاستصناع عند الحنابلة

(٥٤) الانصاف للبرداوى ٣٠٠/٤

(٥٥) كشاف القناع للبيوتى ١٥٤/٣ — انظر النروع ٢٣/٢

هو :

« بيع موصوف يشترط فيه الصنع لا على وجه السلم » .

أساس التعريف :

ان منع استصناع السلعة أورده الحنابلة في البيع بالصفة . . فهو عندهم بيع بالصفة لهذا ارتأيت أن أتقدم بهذا التعريف له عندهم .

شرح التعريف :

قولنا بيع موصوف : يشمل البيع المطلق الموصوف سواء كان سلماً أو غيره .

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد يحترز به عن البيع والسلم في المزروعات والحيوان وغيره لا على وجه السلم : عند أكثر الحنفية يشترط عدم ضرب الأجل في الاستصناع . . فهذا هو معنى قول الحنابلة لا على وجه السلم .

والدليل على هذا . . ما جاء في العناية (٥٦) « وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل » .

ولم أجد في غير ما ذكرت من استعمال للاستصناع مما اطلعت عليه في كتب الحنابلة .

* * *

* المبحث الثالث :

* تعريف الاستصناع في النظم الوضعية :

* التمهيد :

ان أخذ تعريف للاستصناع من النظم الوضعية أمر ليس بهذه السهولة لأن النظم الوضعية غريبة كانت أو غريبة لم تول للاستصناع أهمية كبرى . . ولم تفرد به اهتمام ان كان هناك اهتمام به مع غيره .

فالاستصناع في المدنى المصرى الجديد : هو ضمن عقد المقابله . .
الا ان المدنى العراقى قد اولى الاستصناع بعض الاهتمام لكونه أخذ اكثر جزئيات مواده من الفقه الحنفى .

ومن الذين اهتموا بالاستصناع . . دافيد فرانسكو . DAVID FRANÇOIS
في رسالته (عقد الاستصناع) LE MARCHÉ A. FAÇON من فرنسا . .
لذا أخذت هذه الرسالة وبحث فيها بعض الأمور بعد الترجمة (٥٧)
والمراجعة (٥٨) .

لهذا سأتناول التعريف عند هؤلاء جميعا .

الفرع الاول : تعريف الاستصناع عند دافيد :

عرفه دافيد (٥٩) . . بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئاً بالمادة التى يقدمها . . وان يسلم هذا الشيء عندما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .

والتعريف به أطناب . . ولو اقتصر على أنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بالصنع مقابل الثمن لكان أفضل بكثير .

(٥٧) حصلت على الرسالة من مكتبة المخطوطات الثنائية الفرنسية بالقاهرة وهى رسالة « دكتوراه » من باريس مؤلفها المذكور فى سنة ١٩٣٧م — وقد تفضل مشكوراً الدكتور/ابراهيم العنانى — استاذ القانون الدولى — بالمعهد العالى للقضاء بترجمة كل ما يتعلق بموضوعى ترجمة جيدة لجزء الله خيراً .

(٥٨) وقد قام بمراجعة الترجمة الشيخ / محمود الصينى الحنفى — استاذ الفقه المقارن بالمعهد العالى للقضاء — لجزء الله عنا كل خير .

(٥٩) رسالة الاستصناع لدافيد ص ١ .

ويعتبر دافيد كما يبدو من كلامه في رسالته أول من تناول هذا الموضوع حتى أنه يندب حظ النظم الوضعية في فرنسا وغيرها بأنها لم تتناول هذا الموضوع ولم تعط له أية أهمية (٦٠) .

الفرع الثاني : تعريف الاستصناع في المدنى العراقى :

عرفه المدنى العراقى بأنه « العقد الذى وقع على صنع شئ معين ويتعهد المكاوول فيه بتقديم العمل والمادة معا » .
والتعريف قريب جدا الى تعريف المجلة السابق الذكر (٦١) . . فمقد اعتبره المدنى العراقى عقدا ، ولم يعتبره وعدا . . واعتبره واقعا ومشروطا فيه الصنعة لشئ معين . أما ماقاله فى التعريف عند الفقرة الأخيرة « يتعهد المكاوول فيه بتقديم العمل والمادة معا » . . فهو ما اشترطته المجلة فى عقد الاستصناع . . وهو الفارق الكبير بين الاستصناع والاجارة كما قلنا سابقا ، وما سنقوله فيما بعد عند التحدث عن الشروط الخاصة — ان شاء الله .

ولكن التاثر بالمدنى المصرى ليس ببعيد على المدنى العراقى . . لذا قال فى التعريف « يتعهد المكاوول فيه » حين نجد المجلة تقول (يتعهد) **الصانع** بدلا من « المكاوول » . . والمعروف أن المدنى العراقى متأثر بالمجلة العدلية.

الفرع الثالث : تعريف الاستصناع فى المدنى المصرى :

قبل البدء بتعريفه عند المدنى المصرى . . نقول ان المدنى المصرى الجديد عد متطورا بتغيير عقد الاستصناع الذى كان فى المدنى القديم الى عقد المقاوله . . لكن يا ترى . . هل معنى هذا ان عقد الاستصناع يقابل فى المدنى المصرى الجديد عقد المقاوله على اطلاقها ؟

الجواب : لا . . فقد ذكر فى مجموعة الأعمال التحضيرية (٦٢) أن عقد المقاوله « ايجار أهل الصنائع أو عقد الاستصناع » . . وشرحا لهذا . . ورد فيها « أن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل ، وابدال اسمه القديم « ايجار أهل الصنائع » باسم جديد هو : « عقد المقاوله » لكاف فى

(٦٠) رسالة الاستصناع لدافيد ص؛ وما بعدها .

(٦١) المدنى العراقى م / ٨٦٥ فقرة (٢٠) . . نقلا عن المبادئ القضائية لعبد الرحمن

علام ص ٩٦ .

(٦٢) ٥/٥

الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد اشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر . .

فقد كان القصد قديما من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية . . وهو أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيرا من مركز العامل ولهذا نجد عند القوانين ومنها التقنين المصرى أهلى ومختلط يتكلم عن عقد الاستصناع ، وعقد العمل فى باب واحد هو « ايجار الأشخاص وأهل الصنائع » ويرى أن المقاولات أنواع منها المقاوله الصغيره . . وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع » .

لذا . . عرف المدنى المصرى الجديد المقاوله بأنها (١٢) « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

وفى الفقرة الثانية من المادة (٦٤٧) تقول « يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا » . .

المناقشة :

ان قولهم « ايجار أهل الصنائع أو عقد الاستصناع » هو عقد المقاوله حاليا . خطأ كبير من جهة أنهم عند تعريفهم للمقاوله جاءوا بإيجار أهل الصنائع كجزء من التعريف وهذا لا غبار عليه .

لكن خلطهم لهذا الجزء « ايجار أهل الصنائع مع عقد الاستصناع غير صحيح اما جعلهم للاستصناع من المقاولات الصغيره فهو بعيد عن الحقيقة . . فالاستصناع اليوم فى عالم الصناعة من المقاولات الكبيرة والصغيرة بأن واحد » .

* * *

(١٢) المدنى المصرى م ٦٤٦ .

الفصل الثاني : الاستصناع عقد أم وعد ؟

تمهيد :

السؤال يطرح نفسه ، هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ وقبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من معرفة معنى العقد والوعد ، ثم بيان حكم كل منهما وأنواع العقود وأقسامها ثم يأتي جواب التساؤل .

* المبحث الأول :

* مفهوم العقد والوعد :

الفرع الأول : العقد لغة :

عقدت الحبل .. من باب ضرب فانمقد ، العقد : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل « عقدت البيع ونحوه » وعاقדתه على كذا بمعنى عاهدته (١) ، والمعاهدة : المعاهدة وتعاهد القوم غيبا بينهم (٢) .

الفرع الثاني : العقد اصطلاحاً :

ويعرف العقد بأنه (٣) « العهد » .. والعهد يعنى ما أحل الله وما حرم وما حد في القرآن كله .. قال الله تعالى : (والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض الآية) (٤) .. ويدخل في ذلك كافة العقود : كمعهد الله ، وعقد الحلف ، وعقد الشركة ، وعقد البيع ، وعقد النكاح الخ .

وقيل هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره ففعله على وجه الزامه إياه (٥) ..

(١) المصباح المنير كتاب العين « في العين مع القاف وما يثلثها » .

(٢) مختار الصحاح — باب العين —

(٣) قاله ابن عباس — رضى الله عنه — ومجاهد . انظر تيسر العلى القدير ١/ ٤٨٢ .

(٤) البقرة / ٢٧

(٥) الجصاص في أحكام القرآن ٢/ ٣٥٨ الى ٣٦١ .

وكل شرط شرطه الانسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وقيل العقد هو (٦) : ارتباط أجزاء التصرف الشرعى ..

فهذه أهم التعريفات للعقد عند الفقهاء .. وهى بمجموعها تدل على انه الترابط الذى يتم بين طرفين على أمر .. فعد العهد انه عقد والشرط عقد .

الفرع الثالث : مفهوم الوعد :

تعريف الوعد لغة : يستعمل الوعد فى (٧) : « الخير والشر .. يقال : وعد يعد بالكسر وعدا .. وقال الفراء : يقال وعدته خيرا ووعدته شرا .. فاذا استقطوا الخير والشر قالوا فى الخير الوعد والعدة .. وفى الشر : اليعاد والوعيد ..

تعريف الوعد اصطلاحا : ويعرف الوعد فى اصطلاح الفقهاء بأنه (٨) « ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بانفاذ ما يطلب ..

وقيل هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال .. وقد يقع الوعد على عقد أو عمل .. كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضا أو بينائه دارا .. أما حكمه عند جمهور الفقهاء (٩) فإنه : يلزم ديانة لا قضاء .

* المبحث الثانى :

* الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا :

الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد :

يتبين لنا من التعريفات السابقة لكل من العقد والوعد الفارق الكبير بينهما من حيث كون الارتباط بين الطرفين فى العقد على الوجه المشروع يثبت أثره .

* * *

(٦) الدرر شرح الغرر ١/ ٢٢٦ .

(٧) مختار الصحاح / باب الواو .

(٨) انظر الموسوعة الفقهية ١١/٧ وما بعدها .

(٩) مصادر الحق للسنبورى ١/ ١٥

فالأثر .. هو الفارق الكبير بين العقد والوعد .. ولكن ماهى الآثار المترتبة على الاستصناع ان كان عقدا أو وعدا ؟

ان كان عقدا : فلا بد ان يكون داخلا ضمن دائرة اللزوم او عدمه .. فالعقد فى الأصل لابد ان يكون لازما .. واذا كان لازما يترتب عليه الضمان وغير ذلك من الأمور الواجب توفرها عند كونه عقدا لازما .

وان كان وعدا : فليس هناك آثار تترتب عليه سوى أنه على كل من المتواعدين اثم فى عدم اتمام ماوعدا به .. ولا ضمان على كل واحد منهما .. والآن .. بعد ان تكلمنا عن العقد والوعد .. نرجع لبيان رأى فقهاء الحنفية فى الاستصناع .. هل هو عقد أم وعد ؟

المطلب الأول : هناك رأى عند الحنفية يقول بأن الاستصناع وعد لاعقد .. ومن هؤلاء (١٠) : الحاكم الشهيد (١١) ، الصنار (١٢) ، ومحمد بن سلمة (١٣) ، وصاحب المنثور (١٤) .

قال السرخسى (١٥) : وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة .. وانها ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا عنه .. ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما .

* * *

(١٠) انظر فى هذا كله .. فتح التدبير ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .. المبسوط للسرخسى ١٢٨/١٢ ، ١٣٩ ، المنهاية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(١١) الحاكم الشهيد : هو ابو الفضل محمد بن محمد بن احمد المروزى الوزير العالم الكبير ولى القضاء فى « بخارى » قتل شهيدا سنة ٣٣٤هـ — انظر طبقات الفقهاء لطائى كبرى راده ص ٥٧ .

(١٢) الصنار : هو ابو القاسم الصنار البلخى توفى سنة ٣٣٩هـ — نفس المصدر السابق ص ٦٤ .

(١٣) محمد بن سلمة : وهو ابو عبد الله محمد بن سلمة .. روى عنه زمر توفى سنة ٢٦٨هـ نفس المصدر السابق ص ٤٥ .

(١٤) لم اجد له ترجمة فيها اطلعت عليه .

(١٥) المبسوط ١٢ / ١٣٨ وما بعدها .

* المطلب الثاني :

ادلة من قال انه وعد وليس بعقد ومناقشتها :

واستدل اصحاب الراى القائل : بأن الاستصناع وعد وليس بعقد استدل اصحاب هذا الراى .. بأدلة عقلية على صحة قولهم وهى كما يلى (١٦) :

الدليل الاول :

أن الصانع له ان لايعمل .. وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لاعقد .. لأن كل مالا يلزم الانسان به مع التزام نفسه به يكون وعدا لاعقدا لأن الصانع لايجبر على العمل بخلاف السلم فانه مجبر بما التزم به .

الدليل الثانى :

ان المستصنع له الحق فى عدم تقبل ما يأتى له الصانع من مصنوع .. وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته .. وهذا علامة أنه وعد لاعقد .. لهذا قال أبو اليسر (١٧) « ان الخيار ثابت لكل واحد منهما » **« الصانع والمستصنع »** .

وجه الدلالة مما تقدم : مما تقدم نجد ان الاستصناع لو كان عقدا للزم الطرفين أو للزم أحدهما دون أن يكون لهما الخيار فى منسخره أوامضائه .. وهذه كلها مميزات للوعد .. لا للعقد .. فكان الاستصناع لهذا كله وعدا بالبيع لاعقد مبيع .

* * *

(١٦) فتح القدير ٣٥٥/٥ انظر المبسوط ١٢٨/١٢ وما بعدها .
(١٧) فتح القدير ٣٥٥/٥

المناقشة : اعترض من قال بأن الاستصناع وعد لاعتقد ، على رأى الجمهور القائل « بأن الاستصناع عقد وليس بوعد » بما يلى :

أولا : كيف يجوز أن يكون مبينا .. والمعدوم لا يصلح أن يكون بيعا ؟
رد الجمهور : ورد الجمهور (١٨) بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالتناسى للتسمية عند الذبح . . فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لثلا تتضاعف الواجبات . . فكذا المستصنع فيه المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل الجارى بين الناس .

اعتراض على الجمهور (١٩) : ورد ما قاله الجمهور بأن هذا انما يصح ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع . . والمعقود عليه هو الصنع فى الاستصناع وليس هو العين .

الجواب : أجاب صاحب الهداية (٢٠) عن ذلك فقال : « ان المعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فأخذه جاز » . .

وهذا هو الرأى الراجح عند جمهور فقهاء الحنفية كما سنبينه فيما بعد — ان شاء الله .

ثانيا : اعتراض آخر (٢١) : من الواضح الثابت عند من يرى ان الاستصناع عقد بيع لا وعد به . . انه يبطل بموت الصانع . . والعقود فى المعاملات لا يبطلها موت احد طرفيها . . فكيف صاغ القول بأنه عقد مع بطلانه بموت الصانع ؟

الجواب : واجيب عن هذا (٢٢) بأن الاستصناع انما يبطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة . . فهو لهذا الشبه قلنا بأنه يبطل بموت الصانع . . وهذا لا يمنع أن يكون عقدا .

(١٨) انظر الهداية ٣٥٥/٥ ، انظر فتح التدبير ٣٥٥/٥ وضع

(١٩) انظر العناية ٣٥٥/٥

(٢٠) انظر الهداية ٣٥٥/٥

(٢١) انظر شرح مجلة الأحكام — باز — من ٢١٩ حيث نقل رأى صاحب النهر بقوله من الاستصناع « ان بطلانه بموت المائع بنافى كونه بيعا »

(٢٢) الفتاوى الفينائية من ١٥١ .

رد الجمهور على أدلة القائلين بأنه وعد : وقد اعترض جمهور الفقهاء على الشبهة التي احتج بها من قال أن الاستصناع وعد لاعتقد فقالوا (٢٣) :

١ — ان قول أبي اليسر : بأن اثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع يدل على أنه وعد .. مرفوض ، فهو لا يدل على أنه غير بيع .. الا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقلين عين الآخر كان لكل منهما الخيار فلم يخرج به الى أن يكون وعدا .

٢ — القول بأن الاستصناع وعد لاعتقد .. لأن الصانع له ان لا يعمل ولأن المستصنع له الخيار في أن لا يقبل الشيء المصنوع .. كل ذلك وارد في غير عقد الاستصناع .

✽ فالاستصناع .. لا يعتبر عقدا نافذا ملزما الا ساعة ان يتم الصانع ماطلب منه وفق المواصفات التي اشترطها المستصنع .. ورأى المستصنع ذلك الشيء بعينه ورضى .. عند ذلك يتم الاستصناع فلا خيار لواحد منهما .. فأما ما ذكر فهو وارد على أمور أخرى غير الاستصناع .

✽ المطلب الثالث :

✽ حكم الاستصناع على أنه وعد وليس بوعد والأدلة ومناقشتها :
يرى الجمهور على أنه وعد (٢٤) عقد .

✽ أدلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس بوعد :
استدل الجمهور .. بأدلة عقلية .. على أن الاستصناع عقد نوردها فيما يلي :

أولا : أن الصانع يملك الدراهم بقبضها وما دام يقبضها فهو عقد .. لأن المواعد على شيء لا يملك الدراهم بقبضها وبلاستصناع يملكها ملكا غير لازم عند جمهور فقهاء الحنفية (٢٥) .

ثانيا : لأنه قد أجريت في الاستصناع القياس والاستحسان
ونحن نعرف أن الوعد لا يحتاج الى إثبات الاستدلال به الى اجراء القياس

(٢٣) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ ، وانظر درر الحكام شرح مجلة الاحكام لملى حيدر ١٩٨/١

(٢٤) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ ، المبسوط ١٣٨/١٢ وما بعدها .
١٣٨/١٢ وما بعدها .

(٢٥) حاشية الطحاوي ١٢٦/٣ ، وفتح القدير ٣٥٥/٥ .. على الخلاف الذي سنذكره فيما اذا ملك الصانع والمستصنع ما يملكه ملكا لازما أو غير لازم .

والاستحسان .. فقد ثبت العمل بالوعد بالنص (٢٦) والاجماع .. فمن يعد احدا من المسلمين يجب عليه أن يفي بوعدده أن لم يكن معصية مثلا .. ولكننا نرى أن الامام محمد بن الحسن قد أجرى في الاستصناع القياس والاستحسان (٢٧) .

ثالثا : أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية .. والوعد لا يحتاج الى اثبات الخيار .. فهو وعد مع آخر يختار كل منهما الأخذ به .. وما دام الخيار في الوعد ثابت وموجود فهو من باب أولى يثبت في عقد الاستصناع (٢٨)

رابعا : أن الاستصناع يجري فيه التقاضي .. والتقاضي انما يثبت في الواجب بالعقود لا بالموعود .. فاذا ما وعد شخص آخر لا يؤدي عدم الإيفاء بذلك الذهاب للقضاء ، واقامة الدعوى .. وانما الذي يكون كذلك فيما هو واجب بالعقد بينهما (٢٩) .

خامسا : أن الاستصناع يجوز فيما فيه تعامل بين الناس لانها لاتعامل فيه . كما اذا طلب من نجار أن يصنع قارباً من خشب من عنده أو الخفاف أن يصنع خفا من جلد من عنده .

في حين أن الوعد يكون فيما فيه تعامل فيه . مما أحله الله مطلقا . واما التعاقد في الاستصناع فيشترط فيه عند الحنفية أن يكون فيما فيه تعامل فحسب (٣٠) على ما سنذكره في الشروط الخاصة للاستصناع — أن شاء الله .

سادسا : أن الصانع في الاستصناع يجبر على عمله (٣١) .. والمواعيد على الشيء لا يجبر على ما وعد به الا من باب الإيفاء بالوعد فقط .. أن استطاع ذلك .. أما الذي تعاقد في الاستصناع على رأى المجلة فانه يجبر

(٢٦) ورد في السنة من أبي هريرة — رضي الله عنه — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا أوتى خان » رواه مسلم — مختصر صحيح مسلم — حديث رقم ٢٧ .

(٢٧) انظر العناية ٢٥٥/٥ ، وفتح القدير بنفس الصفحة . والبدائع ٢٦٧٧/٦

(٢٨) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ . المبسوط ١٢٨/١٢ وما بعدها .

(٢٩) نفس المصدر السابق .

(٣٠) انظر العناية ٢٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .

(٣١) انظر الدرر الحكام لعلي حيدر ١٩٨/٢ .. وهذا رأى خاص بالمجلة مع بعض الفقهاء وهو مرجوح يقول : أن الاستصناع لازم من أول التعاقد وحتى النهاية .. فيكون الصانع على هذا مجبرا على العمل .

على صنع ماتعاقد عليه . . فان لم يستطع يمكن أن يطلب من صانع آخر ذلك . . على ما سنبينه فيما بعد :

سابعاً : أن المستصنع لا يرجع عما طلب ولا يجوز له أن يرجع . . لأنه ان تعاقد لا يحق له على رأى المجلة أن يرجع عن ذلك . . لأن التراجع له له ضرر كبير على الصانع بتضييع المادة الخام بناء على أمر من المستصنع . . فان رجع فقد لا يشتريه أحد لعدم موافاته للشروط التى يطلبها هذا الأخير (٢٢) .

ثامناً : اذا رأى المستصنع المطلوب صنعه « المستصنع فيه » فهو بالخيار . . لأنه اشترى مالم يره « . . فقلوله اشترى مالم يره دليل على أنه يريد به ذلك المستصنع واعتباره شراء دليل على أنه عقد (٢٣) .

لذا . . فالتسمية لعملية التعاقد بالشراء شئ واضح على أنه يراد به أنه ليس بوعد ، والمعروف أن الشراء اذا أطلق يراد به عملية التعاقد بالبيع ، وأيضاً فان الشراء بيع لأنه من الأضداد .

الترجيح : لو تأملت قوة الأدلة التى أوردها الجمهور القائلين بأن الاستصناع عقد وليس بوعد . . يتبين لك مدى رجحان أدلتهم . . فهى أدلة واضحة بالنسبة لأدلة الفريق القائل بأن الاستصناع وعد .

وقد ناقشها جمهور الفقهاء واحداً واحداً وضعفها . . فعلى هذا يكون الاستصناع عقداً لا وعداً عند الحنفية .

* * *

(٢٢) الدرر الحكام ١٦٨/٢ .

(٢٣) فتح التدبير ٣٥٥/٥ .

الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة

تمهيد :

لما كانت دراسة عقد الاستصناع من الأهمية بمكان .. لذا أردنا قبل الشروع في بيان أحكام عقد الاستصناع الخاصة به .. وبيان أركانه وشروطه . أن نقدم نبذة عن العقد بصورة عامة ، تعريفه ، وتقسيماته ، وأركانه ، وشروطه .

وعليه .. فنقول : بالاستقراء يتبين لنا من تتبع كتب الفقهاء أنهم لم يفرّدوا دراسة العقد دراسة مستقلة .. بل أنهم كتبوا في العقود كل على حدة ، واهتموا بكل ما يتعلق بذلك العقد المسمى .. كالبيع والإجارة .. والنكاح الخ . فدرسوا هذه العقود كل على حدة دراسة مستفيضة ..

علما بأنهم عندما يتداخل عقدان في شيء ما يذكرونه من باب الاستطراد .. لا التفصيل .. ففي باب السلم مثلا : يذكرون أن للسلم شروطا زيادة على ما في شروط البيع وهكذا ..

وأما الفقهاء المعاصرون .. فقد حاولوا دراسة العقد بصورة عامة آخذين ذلك من دراسة العقود بصورة خاصة في كتب الفقهاء القدامى .. فاستخلصوا نظرية للعقد في الشريعة الإسلامية .. وهذا ما أردنا توضيحه هنا — أن شاء الله .

✽ المبحث الأول :

✽ مفهوم العقد :

الفرع الأول :

تعريف العقد لغة :

سبق وأن ذكرنا تعريف العقد لغة ، وفي هذا المقام سنورد تعريفا في المصباح المنير حيث جاء فيه : عقدت الحبل عقدا ، فأنعقد ، العقد : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعاقدته بمعنى عاهدته (١) .

(١) المصباح المنير / كتاب العين ٢ في العين مع الغاف وما يثلها » .

الفرع الثاني :

تعريف العقد اصطلاحاً :

وفي اصطلاح الفقهاء .. تطلق كلمة العقد على معنيين وكلاهما ذكرنا منهما تعريفا سنورد هنا نبذة عن الاطلاقين (٢) للايضاح أكثر .

الاطلاق الأول : وهذا الاطلاق هو المشهور ويقصد به : الربط الحاصل بين كلامين ، أو مايقوم مقامهما كالأشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعى ، وكثيرا ما يطلق العقد ويراد به ما تم الارتباط به بين الطرفين .. سواء كان كلامين أم كتابتين أم اشارتين ، أم فعليين .

الاطلاق الثاني : وهذا أعم من المعنى الأول ويقصد به : كل التزام ينشأ عنه حكم شرعى سواء كان صادرا من طرف واحد أم صادرا من طرفين .

الفرع الثالث :

تعريف العقد في النظام الوضعى ، وبيان رأى الشريعة فيه :

جاء في نظرية العقد (٣) .. العقد هو : توافق ارادتين على أحداث أثر قانونى سواء كان هذا الأثر انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه .. فمن باع شيئا فقد نقل ملكية المبيع الى حوزة المشتري .. وإذا ما تقابلا .. فقد أنهيا حكمه .. ومن كفل فقد أنشأ على نفسه حقا للدائن فى المطالبة .

وهذا التعريف .. فى النظام الوضعى له شبه بتعريف العقد عند الحنفية حيث جاء فى المجلة (٤) .. العقد هو : التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا .. وهو عبارة عن ارتباط ايجاب وقبول .. وعليه فلا يدخل فى نطاق العقد عند النظام الوضعى (٥) الالتزام الذى يتم بالارادة المنفردة . فارتباط الإيجاب والقبول عند المجلة ينشئ التزاما أو ينقله أو يعدله أو ينهيه .. فهو عام .

(٢) انظر نظرية الشروط المقترنة بالعمد - زكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

(٣) نظرية العقد للسنهورى ج١/٧٧ الى ٨٠ ،

(٤) انظر مجلة الاحكام العدلية م/١٠٣ ، وانظر شرحها لعلى حيدر ١/٩١ .

(٥) المدخل للفتة الاسلامى للشيخ / محمد الحسينى ص ٣٥٧ .

العلاقة بين العقد والتصرف :

سبق وأن بينا أن العقد يطلق على معنيين .. فعلى الإطلاق الثنائي
تكون كلمة العقد مرادفة لكلمة التصرف .. بخلافها على الإطلاق الأول ..
فإنها أخص من التصرف .. ويتحققان في كل ربط بين كلامين يترتب عليه
حكم شرعى ..

وينفرد التصرف في كل التزام ينشأ عن إرادة واحدة .. كالطلاق والعق
ونحوهما فيسبى هذا تصرفا ولا يسمى عقدا (٦) .

* * *

(٦) انظر نظرية الشروط المتفرقة بالعقد — لزكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

✽ المبحث الثانى :

✽ تقسيمات العقد فى الفقه الإسلامى :

بعد أن ذكرنا تعريف العقد بصورة عامة .. نتكلم عن تقسيمات العقد عند الفقهاء .. لنرى هل رتبوا مسمياته وفق أصول معينة أم تركوا هذا الترتيب وساروا على غير ذلك .

الملاحظ أن الفقهاء لم يضعوا خطة عامة يلتزموا بها جميعا على اختلاف مذاهبهم فى تعريف العقود .. كأن يبدأوا بعقود التكليفات ثم الاسقاطات .. وهكذا .

انما هم على قدر من الترتيب ارتضاه كل مذهب ما ليسير رجاله عليه فتبعه الآخرون على منواله .. ولا نستطيع أن نبخس حقهم .. فهم اهتموا بالعقود ونظموها على اعتبارات مختلفة وبينوا ما يتعلق بتلك التقسيمات من غائدة .

ولربما أوردوا عقدا بعد عقد لأن هذين العقدين مثلا يضمن أحكاما مشتركة بينهم .. فمثلا : من تلك التقسيمات التى تقوم على أساس الأثر المترتب على العقد مايلى :

عقود تمليك .. ثم عقود اسقاط .. ثم اطلاق .. ثم تقييد .. ثم شركات ثم توثيقات .. ثم حفظ (٧) .

واليك مثالا للتقسيمات التى درج عليها بعض الفقهاء .. فنأخذ تقسيما للحنفية ، وآخر للحنابلة كمثال .. ثم نقارن مقارنة مختصرة بينهما .

الفرع الأول :

تقسيم العقود فى كتاب البدائع :

جاء فى البدائع للكاسانى التقسيم التالى للمعاملات (٨) : —

(٧) أنظر المدخل للحسينى ص ٤١٨ . وقد لجأ صاحب مرشد الحيران الى ميسار وقف فيه على المحل الذى يقع عليه التعاقد . فى المواد ٢٦٣ — ٢٦٦ . ذكر انه يصح أن يرد العقد على الأعيان لتمليكها أو لحفظها أو للانقضاء بها بموضع أو بغير عوض أو على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على جرفة معينة — مرشد الحيران م / ٢٦٣ — ٢٦٦ .

(٨) البدائع : أنظر الفهرس فيه ومراجعة ما بداخل الكتاب بعد ذلك .

الاجارة ، الاستصناع ، البيع ، السلم ، الكفالة ، الحوالة ، الوكالة ،
الصلح ، الشركة ، المضاربة ، الهبة ، الرهن ، المزارعة ، المعاملة
(المساقاة) ، الوديعة ، العارية ، القسمة ، الوصايا ، القرض .

الفرع الثانى :

تقسيم العقود فى كتاب المقنع :

جاء فى المقنع تقسيم آخر للمعاملات وهو كما يلى (٩) .
البيع ، السلم ، القرض ، الرهن ، الكفالة ، الصلح ، الوكالة ،
الشركة ، المضاربة ، المساقاة ، المزارعة ، الاجارة ، العارية ، الوديعة ،
الجمالة ، الهبة ، الوصايا .

المقارنة : من خلال رؤيتنا لهذين التقسيمين .. نجد ان الحنفية قد
وضعوا للاستصناع بحثا خاصا به ، وقد وضعه صاحب البدائع بعد
الاجارة . لكننا نجد صاحب الاختيار لتعليل المختار (١٠) يجعله بعد السلم ،
وكذلك سار على هذا .. كثير من فقهاء الحنفية .

اما بقية العقود .. فقد تساوى بها الحنفية مع الحنابلة . ؛ ولكننا
لا نستطيع ان نورد مناقشة تامة لهذه التقسيمات فهى تحتاج الى تفصيل
يرجع اليها فى الكتب المختصة بذلك .

* * *

(٩) أنظر المقنع فى الفهرس ومراجعة ما بداخله عند المقارنة .

(١٠) الاختيار لتعليل المختار ٢/٣٨ .

✽ البحث الثالث :

✽ المقومات الأساسية للعقد :

أن العقد سواء كان ارتباط إيجاب وقبول أو التزام إنسان ما بأمر من الأمور فمعنى هذا أن العقد يتوقف وجوده بصفة كاملة على الإيجاب والقبول والعائدان ، والمحل « المعقود عليه » .. فهذه الثلاثة هي مقومات العقد باتفاق الفقهاء لكنهم يختلفون باعتبار هذه الأمور كلها أركاناً (١١) للعقد أم شروطاً .

غير الحنفية .. يعتبرونها أركاناً للعقد (١٢) .. لأنه لا يوجد ولا يتحقق إلا بها (١٣) .

أما الحنفية : فيرون أن ركن العقد هو : صيغته (الإيجاب والقبول فقط) (١٤) . وهي ركن للعقد لأن الإيجاب والقبول يدلان على الرضا الذي يتعلق به الحكم وما كان في معناها .

أما العائدان والمعقود عليه فعندهم هي من شروط انعقاد العقد .. لأنها خارجة عنه .. فلا يعد شيئاً منها من أركانه . وقبل التفصيل في مقومات العقد بصورة عامة .. نورد شيئاً من الإيجاز عنها هنا :

١ - **صيغة العقد :** وهي التعبير الصادر من المتعاقدين لينبئ عن معنى التمليك والتبليك .. وهذا التعبير يسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء .. سواء كان التعبير لفظياً أم فعلياً .

فاللفظي يسمى عند البعض بالمبادلة القولية أو الصيغة القولية .. وأما الفعلية فتسمى « التعاطي » .. والفقهاء تفصيل كبير في الصيغة سواء من جهة القول أو الفعل .

(١١) وكذا الشيء جانيبه القوى .. كما في مختار الصحاح / باب الرأ .. وقيل الركن هو الذي إذا نفذ من شيء لا يمكن وجود ذلك الشيء .. كما يطلق الركن على معنى المنتم لمساهمة الشيء ويطلق على الجزء لمساهمة الشيء .. كتولهم « القيام ركن الصلاة » فالقيام جزء من الصلاة .. انظر شرح المجلة لملي حيدر ١٠٦/١ .

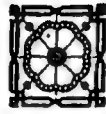
(١٢) كشاف التناع ١٣٥/٣ ، وانظر مطالب أولى النهى ٤/٢ ، وانظر بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(١٣) المدخل للحسيني من ٣٥٨ .

(١٤) الاختيار ٤/٢ .

٢ — **العاقدان** : وهما طرفا التعاقد أو ما يسمى بالموجب والتأبل وهما شرط من شروط الانعتاد عند الحنفية وركن عند الجهور ولهما شروط عند الفقهاء نذكرها عند البحث فى الشروط العامة والخاصة فيها بعد — أن شاء الله .

٣ — **المعقود عليه** : وهو ما يسمى بمحل العقد عند أصحاب النظم الوضعية كالصنوع أو المطلوب صنعه فى عقد الاستصناع . . ويشمل الثمن أيضا . . وله شروط سنورها فى موضعها — أن شاء الله .



الباب الثاني حكم عقد الاستصناع

* * *

الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند اصرار المالك باتجاه الأول

الفصل الثاني : حكم عقد الاستصناع عند اصرار المالك باتجاه الثاني ومصلحة السلم.

الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذهب الاخرى .

الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعي .

الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيد :

اتفقت كلمة فقهاء الحنفية تقريبا على مشروعية عقد الاستصناع ..
فهو جائز عند جمهور فقهاء الحنفية .

الا أنه ورد عن زفر .. قول بالمنع أورده بعض فقهاء الحنفية مع رأى
الشافعى جنباً الى جنب ..

✽ المبحث الأول :

✽ رأى فقهاء الحنفية فى عقد الاستصناع :

الفرع الأول : رأى جمهور فقهاء الحنفية :

يرى جمهور فقهاء الحنفية مشروعية عقد الاستصناع (١) ، وحكمه عندهم
الجواز واليك بعض النصوص من كتب فقهاء المذهب .

الامام محمد :

جاء عن الامام محمد بن الحسن فى الجامع الصغير قوله (٢) «لواستصنع
رجلا شيئا بغير أجل .. جاز استحسانا » .

✽ الكاسانى :

جاء فى البدائع (٣) .. فى معرض الكلام عن الاستصناع « اما جوازه
فالتقياس أن لا يجوز لأنه باع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم ..
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص فى السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك » ..

(١) انظر البدائع ٢٦٧٨/٦ . طرح فتح القدير ٣٥٥/٥ ، تحفة الفقهاء

٥٣٨/٢ ، شرح مجلة الاحكام لعلى حيدر ٣٥٨/١ ، الفتاوى الاسعدية ٥٧/٢ .

(٢) مخطوطة جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير ٦٢/١ .

(٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

الكمال بن الهمام :

وقال ابن الهمام عن الاستصناع بأنه « جاز استحسانا (٤) » .

السمرقندي :

أما السمرقندي في تحفة الفقهاء .. فقد ذكر كلاما عن الاستصناع فقال « والقياس أنه لا يجوز وفي الاستحسان جائز (٥) » ..

أبو بكر بن المنذر :

ويقول أبو بكر بن المنذر في مخطوطته « وقال أبو حنيفة هو جائز .. وللمستصنع الخيار إذا رآه مفروغا منه (٦) » ..

الفرع الثاني : رأى المانعين للاستصناع :

نقل لنا بعض فقهاء الحنفية رأى زفر في الاستصناع وبينوا أن زفر يرى عدم جواز عقد الاستصناع .

قال ابن الهمام (٧) : « والقياس أنه لا يجوز وهو قول زفر (٨) ... » .
والقياس من الأدلة القوية على المنع وبه قال جمهور الحنفية أنفسهم .. إلا أن الجمهور أجازوا الاستصناع بالاستحسان .. والذي أراه أن زفر لا يأخذ بالاستحسان لذا .. منعه .

✽ البحث الثاني :

✽ الأدلة :

الفرع الأول : دليل المشروعية عند أصحاب الاتجاه الأول :

المطلب الأول : أدلة المجيزين للاستصناع :

يرى جمهور الحنفية .. أن الاستصناع جائز استحسانا (٩) .. وأنه عدل من القياس الذي بمقتضاه يكون الاستصناع غير جائز .

(٤) شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(٥) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٦) انظر مخطوطة الاثراف لأبي بكر بن المنذر ص ٢٧ وما بعدها .

(٧) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٨) زفر بن هنبل بن قيس المنبري البصري صاحب أبي حنيفة — ولد سنة ١١٠ هـ — وتوفي سنة ١٥٨ هـ .

(٩) انظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٨/٦ الغاوي السعدية ٥٧/٢ ، تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

وجه الاستحسان (١٠) :

ووجه الاستحسان هو (١١) : التعامل بين الناس لهذا العقد . . فان هذا التعامل الدال على الاجتماع العملى من لحن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير . . يعتبر حجة للعمل به .

والاجتماع العملى هذا . . اعتبره الحنفية حجة قوية استنادا الى قول النبى صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . . وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح » (١٢) . . فتعامل الناس بالاستصناع وتعارفهم على عدم تحريره واستمرار هذا التعامل من ذلك الوقت وعلم العلماء به دون نكير منهم على هذا التعامل يعتبر بحق دليلا قويا على جواز هذا التصرف وابطاحه هذا النوع من التعامل .

(١٠) الاستحسان له تعريفات كثيرة نذكر منها ما استقر عليه رأى المتأخرين كالسعد فى حاشيته على المعتمد ٢٨٨/٢ فانه يرى ان الاستحسان عبارة عن دليل يتأصل القياس الجلى الذى تسبق اليه الافهام . . وهو حجة لأن ثبوته بالدلائل التى هى حجة اجبا . . لانه ثابت اما بالائس كالسلم والاجارة . . واما بالاجماع كالاتصناع واما بالضرورة كطهارة الحيض والابار . . والاستحسان يراد به فى الغالب قياس خفى يقابل قياسا جليا .

وعلى هذا فان الاستحسان على هذه التفاسير ليس دليلا خارجا عما ذكر من الأدلة ومن قال به من العلماء هم الحنفية والحنابلة ومن انكره الشافعى . . قال الشافعى : من استحسنى فقد شرع . . يعنى من اثبت حكما بأنه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشارع فهو الشارع لذلك الحكم لانه لم يأخذ من الشارع وهو كبر أو كبيرة .

قال المعتمد : والحق انه لا يتحقق استحسان يختلف فيه لأن من أخذ به ذكر فى تفسيره أمورا لاتصلح محلا للخلاف . . لأن بعضها مقبول اتفاقا وهو التعريف السابق للاستحسان . . وبعضه متردد بين ما هو مقبول اتفاقا وما هو مردود اتفاقا . (١١) جاء فى نظرية المقرر بضمير ص ٥٩٩ : الاستحسان لابد له من مستند يستمد منه حجته . . وهو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان فقد تتبعنا المواطن التى ذكر فيها الحنفية الاستحسان فوجدت انهم يوجهون الاستحسان فيها ثارة بالحاجة ، وتارة بالتعامل . . وقد عرفنا أن التعامل يرجع الى الحاجة . . فيكون الاستحسان راجعا الى الحاجة والمواقع ان التعامل والاستحسان ليسا بمعاملين منفصلين عن الحاجة . . فالحاجة هى الأصل والتعامل والاستحسان يرجعان اليها . . ولا يتصور تعامل من غير حاجة . . كما ان الحاجة العامة او الخاصة لاتعرف الا عن طريق التعامل العام او الخاص .

(١٢) عن عبد الله بن مسعود — رضى الله عنه — قال : « ان الله نظر فى قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد ، فاصطفاه لنفسه فابنته برسالته . . ثم نظر فى قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسنا فعند الله حسن ، وما رأوا سيئا فهو عند الله سوء » . . رواه الامام أحمد فى مسنده ٣٧٩/١ .

قال القسطلاني (١٢) عند تعرضه لحديث الخياط « ان غيه جواز الاجارة على الخياطة ردا على من ابطلها بعللة انها ليست بأعيان مرئية ولا صفات معلومة » .

وفي صناعة الخياطة .. معنى ليس في سائر ما ذكره البخارى من ذكر القين والصائغ والنجار .. لأن هؤلاء الصناع انما تكون منهم الصناعة المحضة بما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب .. وهى امور من صناعة يوقف على حدها ولا يخلط بها غيرها .

والخياط .. انما يخط الثوب في الاغلب بخيوط من عنده .. فيجتمع الى الصناعة الآلة .. واحداها معناه النجارة .. والأخرى الاجارة .. وحصة احدهما لا تتميز من الأخرى ، وكذلك هذا في الخراز والصباغ اذا كان بخيوطه .. ويصبغ هذا بصبغه على العادة المعتادة فيما بين الصناع .. وجميع ذلك فاسد في القياس ..

الا ان النبى صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة اول زمن الشريعة فلم يغيرها .

اذ لو طولوا بغيره لشق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس .. والعمل به ماض صحيح لما غيه من الارفاق » .
وجه آخر للاستحسان :

وهناك وجه آخر للاستحسان وهو الحاجة (١٤) المناسبة الى هذا العقد .. فالانسان قد يحتاج الى أى مصنوع من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة .. وقلما يتفق وجوده على المطلوب فيحتاج الانسان الى أن يستصنع غلو لم يجز لوقع الناس في ضيق وحر ج .. ولا حرج في الدين فهو يسر لا عسر فيه .. وما جعل الله علينا في الدين من حرج .. والا فكيف ييسر للناس الوصول الى ما يريدون من الصناعات المختلفة اذا أغلقنا باب الاستصناع في وجوههم .. مع أن الاستصناع هو أقرب طريق للانسان يصل به الى تحقيق احتياجاته وتيسر حياته ، واستمرار هذه الحياة .

(١٣) ارشاد السارى للقسطلاني ٦٦/٥ ، ٦٧

(١٤) جاء في نظرية الفرر للفرير ص ٥٦٦ : ان الحاجة هى : أن يصل المرء الى حالة بحيث لو لم يتناول المنوع يكون في جهد ومشقة .. ولكنه لا يهلك .. فالحاجة الى عقد من المتود تكون في حالة ما اذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان في مشقة وحر ج .

والاستصناع أكثر تجاوبا مع الحضارة التي توسع أفقها في بلدان كثيرة .. ك بغداد وما جاورها والمغرب العربي وما يحيط بها من البلدان .. مما حدا بفقهاء تلك الأمصار الى حل مشاكل الناس حسب روح الشريعة الإسلامية السمحاء .. فأجيز هذا النوع من التعامل العقدي .. وذلك لعدة أسباب منها انعدام الفرغ فيه المؤدى الى المنازعة .. وانعدام الجهالة المؤدية الى القطيعة والمشاحنة .

وفيه تيسير على الناس وتوسيع لباب المعاملات بما يحقق للمسلمين استقرارهم وازدهار حضارتهم .. فالتشريع الإسلامى لا يضيق ولن يضيق عن استيعاب كل ما يعود على البشرية من خير .. سواء فى معاملاتهم أو فى تحقيق أمنهم أو فى رفع مستواهم البشرى والحضارى والعلمى .

✽ المطلب الثانى :

✽ السنة :

يرى بعض من أجاز هذا النوع من المعاملات أن جوازه يستند الى السنة النبوية .. فقالوا :

أ — أن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم يدل على أن مشروعية الاستصناع دليلها السنة .. « فقد استصنع الرسول صلى الله عليه وسلم خاتما (١٥) » ونقل شارع المجلة العدلية فقال : الاستصناع « ثبتت مشروعيته بالسنة واجماع الأمة » .. « أما السنة فقد استصنع النبى صلى الله عليه وسلم الخاتم (١٦) » .

ب — كما يستدل من السنة على مشروعية الاستصناع بما روى من أن الرسول صلى الله عليه وسلم استصنع المنبر (١٧) .

(١٥) انظر شرح فتح التدبير ٣٥٥/٥

(١٦) انظر الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥٨/١

(١٧) لم يرد الحديث « باستصناع المنبر » وإنما الذى ورد حسب ما اطلعت عليه فى كتب السنة هو ما يلى : — روى البخارى فى صحيحه عن أبى حازم قال : أتى رجال سهل ابن سعد يسألونه عن المنبر فقال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى فلانة امرأة قد سباهها سهل : أن ترى غلامك النجار يعمل لى أعوادا أجلس عليهم إذا كلبت الناس .. فأمرته بميلها من طرفاء الغابة .. ثم جاء بها فأرسلت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت فجلس عليه « —

ولكن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم (١٨) أكثر قبولاً وذلك .. لأن حديث المنبر طال النقاش فيه حول الصورة التي تم بها الاستصناع .. وهل هو استصناع بالمعنى المراد في اللغة الا وهو طلب الصنعة .. أم هو هدية من صانعه للرسول صلى الله عليه وسلم . هذه التساؤلات وغيرها تحولنا للأخذ باستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم عن استصناعه للمنبر .

* المطلب الثالث :

* الإجماع العملي :

ومن الإجماع العملي استدل فقهاء الحنفية على مشروعية الاستصناع .. حيث أوردوا أنه ثبتت مشروعية الاستصناع بالإجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا .. دون نكير .

فالإجماع .. منعقد على جوازه للحاجة .. وكذلك فإن الدين يسر .. فالتناس احتاجوا لهذا التعامل فعملوا به ولم يجدوا نكيراً عليهم .. ولا عبرة بخلاف البعض .

* المطلب الرابع :

* المعقول :

ومن المعقول استدل الحنفية بأن الاستصناع جائز استحساناً لحاجة الناس إليه تلك الحاجة الماسة مع شرط أن يكون ما يستصنع متعاملاً به بين الناس .

= * وفي رواية في البخاري أيضاً عن جابر بن عبد الله — رضى الله عنهما — أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تتعد عليه .. فإن لى غلاماً نجاراً قال : ان شئت .. فعملت له المنبر فلما كان يوم الجمعة تعد النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر الذي صنع ... الحديث ، « ارشاد المساري للتسلائي ٦٧/٥ — ٦٨ ، انظر فتح الباري للمستلائي ٢٦٨/٤ »

* قال التسلائي تكميلاً على هذين الحديثين « ... يحتل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بلغها أنه يريد عمل المنبر فلما بعث إليها بداته بقولها : ألا أجعل لك شيئاً تتعد عليه فقال لها مري غلامك فعملت له المنبر ... » .

(١٨) ورد الحديث في اصطناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم في باب الصاد والنون من النهاية في غريب الحديث والأثر ٥٦/٣ . اتصه « اصطناع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتماً من ذهب » .. قال ابن الأثير « أي أمر أن يصنع له » كما تقول اكتب أي أمر أن يكتب له .. والطاء بدل تاء الائتعال لأجل الصاد « ... » .

وقيل أيضا .. بأن الاستصناع انما جاز استحسانا لمسا يلي (١٩) :

١ — للتعامل الراجع الى الاجماع العلى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ — لاستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم .

٣ — ان جواز هذا العقد داخل ضمن الكثير من المعاملات التى يغتفر فيها جهالة أحد العوضين اذا كانت يسيرة لا تؤدى الى النزاع فى المعاملات .

فمن ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى الحجام أجره عندما احتجم عنده مع أن مقدار الحجامه غير معروف عند التعاقد ولا كمية الدم المستخرج (٢٠) .

٤ — ومثل هذا شرب الماء من السقا .. فالحسقا يعطى الماء للعطشان بدون تحديد لكميته .. ولا معرفة لما سيعطى الشارب للماء .. فهى جهالة يسيرة لا تؤدى الى نزاع كما سبق ذكره فى الحجامه ..

٥ — ولسماع النبى صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام .. غاباحه بمئزر ولم يبين له شرطا .. وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه وإلى الآن .. مع عدم ذكر ما يصب من الماء ولا مدة المكث ونحو ذلك .

= * وفى الاعتبار ٢٣١ — ٢٣٢ . « روى عن نافع عن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وكان يجعل نمسه الى باطن كفه .. اذا لبسه فصنع الناس ثم انه جلس على المتبر فمزعه .. وقال انى كنت البس هذا الخاتم واجعل نمسه من داخل .. فرمى به ثم قال : لا والله لا لبسه ابدا فنبذ الناس خواتمهم . ثم عقب صاحب الاعتبار فى ص ٢٣٣ : هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح فى كتابيهما من عدة طرق »

(١٩) انظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(٢٠) روى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما — قال : « احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » قال ابن حجر : احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره .. وزاد من وجه آخر « ولو علم كراهية لم يعطه وهو ظاهر فى الجواز » وعرف به أن المراد بالكراهة المنع . وكان ابن عباس أشار بذلك الى الرد على من قال ان كسب الحجام حرام .

ويقول الكاساني (٢١) : « ويجوز استحسانا لاجتماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير .. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تجتمع أمتي على ضلالة (٢٢) » .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .. وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح » (٢٣) .

ولأن الحاجة تدعو إليه فقد يحتاج الإنسان الى خوف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة .. وهذا قلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الإنسان الى أن يستصنع مثل هذه المصنوعات وغيرها .. فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج .

وقال الكاساني أيضا .. « لأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة .. واستئجار الصانع يشترط فيه العمل » .. وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزا (٢٤) .

ويرى صاحب العناية (٢٥) : أن كان قد توفر في الاستصناع شرط التعامل فيجوز استحسانا .. ووجه الاستحسان عنده : الاجتماع الثابت بالتعامل فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيها فيه تعامل من غير نكير .. أما القياس فيترك بمثله كدخول الحمام .

« واختلف العلماء في هذه المسألة .. فذهب الجمهور الى أنه خلال واحتجوا بهذا الحديث « » . انظر فتح الباري ٣٧٧/٤ ط دار المعرفة بيروت .

(٢١) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٢) جاء في المسن لابن ماجه ١٣٠٣/٢ حدثني ابو خلف الاعمى قال : سمعت انس ابن مالك يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أن أمتي لا تجتمع على ضلالة .. فإذا رأيتم اختلافنا فعليكم بالسواد الأعظم » .. وفي اسناده أبو خلف الاعمى واسمه حازم بن عطاء وهو ضعيف .. وقد جاء الحديث بطرق كلها نظر .. قاله العراقي في تخريج أحاديث البيهقاري وفي حاشية المسن « قال السيوطي : في تفسير « السواد الأعظم » أي جماعة الناس الذين يجتمعون على سلوك المنهج المستقيم والحديث يدل على أنه ينبغي العمل بقول الجمهور » .

(٢٣) سبق تخريج هذا الحديث في ص ٩٧ .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٥) انظر العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

وأما صاحب تحفة الفقهاء فقد قال (٢٦) : ان الاستصناع جائز استحسانا لتعامل الناس فلا جرم عنده انه اختص بالجواز .. ان كان متعاملا به في الخف مثلا والطنسوة والأواني ونحوها .. بعد بيان القدر والصفة والنوع .

وخلاصة القول : ان مشروعية (٢٧) هذا العقد مستندة السنة والاجماع العملى والاستحسان وقد فصلنا القول بها فيما سبق .

الفرع الثانى : ادلة المانعين :

سبق وان بينت ان زفر منع الاستصناع للقياس فهو دليل قوى بالنسبة لزفر لكونه لم يأخذ بالاستحسان .. وهذا كل ما يمكن ان يقال عن أدلة المانعين للاستصناع .

المناقشة والترجيح :

مما اطلعنا عليه .. فان المانعين والمجيزين لم يحصل بينهم اى نزاع ولم يذكر شرح لسبب المنع .. لذا سيكون الراجح في هذا الموضوع هو رأى المجيزين للاستصناع لادلتهم التى ذكرناها آنفا وهى الاستحسان والسنة والاجماع العملى الذى هو حجة عند المجيزين وغيرهم .

* * *

(٢٦) تحفة الفقهاء ٢/٣٨٥

(٢٧) جاء عن القسطلانى في شرحه لحديث الخياط الذى رواه البخارى ان : في الحديث جواز الاجارة على الخياطة ردا على من ابطالها بعملة انها ليست بأعيان مونية ولاصفات معلومة وفي صنعة الخياطة معنى ليس في سائر مائذره البخارى من ذكر التين والصانغ والنجار لان هؤلاء الصناع انما تكون منهم الصنعة المحضة فيها يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب وهى اهور من صنعة يوقف على حدها ولايخلط بها غيرها . والخياط انما يخطط الثوب في الاغلب بخيوط من عنده . فيجتمع الى الصنعة آلة واحداها معنى التجارة والاخرى الاجارة وحصة احداها لانتيميز من الاخرى وجميع ذلك فاسد في القياس .. الا ان النبى صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة اول زمن الشريعة فلم يغيرها اذ لو طولبوا بغيره لثشق عليهم فصار بمنزل من موضح القياس .. والعمل به ماض صحيح لما فيه من الارفاق » . ارشاد السارى القسطلانى ٥/٦٦ - ٦٧

✽ المبحث الثالث :

✽ حكمة مشروعية عقد الاستصناع :

بعد استعراضنا للاستصناع كعقد مستقل ، وبيان حكمه ، وهل هو مشروع أم غير مشروع .. وعرفنا أنه مشروع وبيننا أدلته والراجع فيه أنه مشروع .

فيحسن بنا أن نذكر الحكمة التشريعية لهذا العقد فنقول : أن الاسلام قائم على أساس حفظ النفس والبدن والمال وغيرها مما يسمى بحفظ الحاجيات .

وهذا يحتاج الى أمور تعين على قضاء هذه الحاجيات .. ومن ذلك المواد التي غالباً ما يسد الانسان حاجياته بها .. كالمصنوعات التي ما فتئت تتغير من زمن الى آخر ومن مكان الى آخر .. وتتطور تطوراً كبيراً .. فالاسلام يضع الأسس العامة للتعامل بهذه الصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض .

والسلم وحده لا يسد كل الحاجيات هذه والتي كما قلنا تطورت جوانبها من زمن بعيد .. وكذلك الاجارة على العمل وحدها لا تسد كل هذه الحاجيات .. وتطبيقاً لقول الله تعالى : (اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً) (٢٨) .

لابد وبالضرورة ، ووفقاً لما قاله الله تعالى ان تكون هذه المعاملات لها حل في الاسلام .. فكان للفقهاء رأى في المعاملات التي يحتاجها الناس في حياتهم سواء كانت هذه المعاملات بيعاً أم سلماً أم استصناعاً أم مضاربة .. الخ .

ولكى يسير الناس على هدى من نظام دقيق واضح في معاملاتهم .. وبذلك يقضى على أسباب الشكوى وأساس النزاع .. ويتوافر للناس كل مقومات حياتهم بلا مشقة أو ضرر مع ترك ما يخالف منهج الله كالربا

• والجهالة والغرر •

وموضوعنا عقد الاستصناع .. هو عقد لا يدخل فيه شيء مما نهى الله عنه من هذه الأمور أن تعومل به وفق أحكامه العامة والخاصة من كل

(٢٨) المائدة ٤

جوانبه .. فقد شرع هذا العقد لسد حاجيات الناس ومتطلباتهم ..
فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة هى وفق الشروط
التي يهليها المستصنع كالمواصفات والمقاييسات وغير ذلك .

والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته بوفق ما يراه مناسباً
لنفسه وبدنه وماله وحاجياته .. أما الموجود فى السوق من مصنوعات
سابقة الصنع .. فقد لايسد الانسان حاجياته بها لسبب أو آخر ..
فلا بد من الذهاب الى من لديه الخبرة والابتكار .. وهذه قد تتضح أكثر
لو تطلعنا الى حاجيات الدول فيما بينها والشركات كبرها وصغيرها الى
الصناعات الحربية والاقتصادية والتعليمية والصحية وما الى ذلك .

فمعدئذ .. لما تقضى حاجات الناس جميعاً أفراداً وشركات ودولاً
على وفق منهج شرع الله . تحل مشاكلهم ويزدادوا طمأنينة فى هذه الحياة
البالية الفانية ..

* * *

الفصل الثانى : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى

وصلته بالسلم

* المبحث الاول :

* حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى :

تمهيد :

ان عقد الاستصناع لم يكن مستوفيا للبحث عند أصحاب الاتجاه الثانى « المالكية ، الشافعية ، الحنابلة » .. لذا .. سأورد موقف أصحاب الاتجاه الثانى من الاستصناع وأبداً بالمالكية .. حسب الترتيب التاريخى .

الفرع الاول : حكم الاستصناع عند المالكية :

قلنا ان المالكية الحقوا بالاستصناع بالسلم .. وانهم يريدون به طلب الصنعة على اساس السلم .. وباحكامه .. فياخذ بناء على هذا شروط السلم .. وبما أننا سندرس الاستصناع ذلك العقد المستقل ذو الأحكام الخاصة به ، والشروط المنفرد بها . فيكون بحثنا فى حكم الاستصناع عند المالكية خاص ببيان وجهة نظرهم منه .

فاكثر فقهاء المالكية وخاصة شراح خليل .. وعند البحث فى السلم .. يعرجون الى ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز .

خابن رشد .. قلنا انه عند كلامه عن السلم .. ذكر (١) لنا نقطة مهمة يبدوا انها ذات مكانة عظيمة فى عصرهم .. الا وهى السلم بالصناعات .. فأدخلوا حكم التعامل بالصناعات فى السلم وبينوا ما يجوز فيه ، وما لا يجوز واشتروا شروطا لما يجوز فيه حتى يبعد عن المنع فقال ابن رشد : السلم بالصناعات .. وتحتة قسم التعامل بالصناعات الى أربع حالات منها : حالة ما اذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله .. ولم يعين المعمول منه .. فأعطى ابن رشد هذا النوع حكم السلم .

(١) المقدمات لابن رشد — مطبعة بولاق ص ٥١٣

أما خليل في مختصره (٢) وشراحه فلمس من كلامهم عن السلم . . وبالذات فيما يجوز السلم فيه وما لا يجوز أنهم بحثوا مسألته بعد مسألة الشراء من دائم العمل ومثلوا للشراء من دائم العمل بالخيار . . فجوزوا هذا على أنه بيع . . ثم قالوا : فإن لم يدم « أى أن البائع غير دائم في عمله بل مؤقت » . . فهو سلم بأحكامه . . ومن الذى يشبه السلم أيضا الاستصناع . . وعندهم : الاستصناع الذى يشبه السلم يجوز التعامل به على أنه سلم سواء كان الصانع دائم العمل أم غير دائم العمل بأن كان وقتيا أو موسميا مثلا .

وفي حاشية المدنى (٣) : لو أعطى للصانع الذى يصنع الآجر أو الجيار ثمن شيء معلوم وأخذ منه حالا أو الى أجل قريب أو بعيد لجاز ذلك . . على أنه سلم .

وجاء في الشرح الصغير (٤) : ما يدل على أن استصناع السيف أو السرج أو الثوب أو الباب ونحو ذلك من حداد أو سروجى أو حائك أو نجار على صنعة معلومة وبثمن معلوم جائز . . وهو سلم يشترط فيه شروطه المعروفة .

لهذا . . نجدهم يشترطون أن لا يعين العامل (الصانع) ولا المعول منه (المستصنع فيه) فى الاستصناع . .

جاء فى المدونة (٥) فإن اشترط أن يعمل هو نفسه أو اشترط عمل رجل بعينه قال « لا يمكن هذا سلفا لأن هذا الرجل سلف فى دين مضمون على هذا الرجل وشرط عليه عمل نفسه وقدم نقده . . فهو لا يدري أى سلم هذا الرجل الى ذلك الأجل فيعمله له أم لا ؟ فهذا من الغرر وهو أن سلم عمله له . . وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا . . فيكون الذى أسلف اليه قد انتفع بذهبه باطلا » .

وفى تعيين المستصنع فيه جاء أيضا فى المدونة : بأنه أسلفه كما وصف فى المسألة الاولى السابقة الذكر « فى تعيين العايل » على أن يعمل له ما

(٢) مختصر خليل مع مواهب الجليل للحطاب ١٤/١

(٣) حاشية المدنى على الرهونى ٢٥٢/٢

(٤) الشرح الصغير للدردير ٢٨٧/٢

(٥) المدونة لمالك ١٩/١

اشترط عليه من حديد قد أراه آياه ، أو ظواهر أو خشب أو نحاس قد أراه آياه .. قال مالك - رحمه الله - لا يجوز ذلك .. لأنه لا يدري أيسلم ذلك الحديد أو الظواهر أو الخشب الى ذلك الأجل أم لا .. ولا يكون السلف بشيء بعينه ..

مسألة الشروع في الصنع :

ان التعاقد مع صانع شرع في عمل مصنوع مسبقا على أن يكمله على صفة معينة نظير عوض معين .. جائز .. ان شرع في الصنع ليكمله بالفعل وفي الحال أو لمدة قليلة كخمسة عشر يوما فأقل ..

أما اذا كان غير ذلك بأن تاجل أكثر .. فلا يجوز .. لأنه يكون من قبيل بيع مبيع معين تأخر قبضه وتسليمه .

وللجواز .. يشترط أن يكون عند الصانع من المادة الخام ما يستطيع أن يكمله منه .. اذا صنعه .. بحيث اذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعادته وكمله مما عنده من المادة الخام .

قال الدردير (٦) : « وجدت نحاسا يعمل طشتا أو حلة أو تورا أو غير ذلك فقلت له كمله لى على صفة كذا بدينار .. يجوز .. ان شرع في تكمله بالفعل أو بعد أيام قلائل كخمسة عشر يوما فأقل » .

وقال الدسوقي (٧) : « ومحل الجواز اذا كان عند النحاس نحاسا بحيث اذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعادته وكمله مما عنده من النحاس .

رأينا في المسألة : من هذا كله .. نخلص الى أن مسائل الاستصناع داخلة في السلم بكل جوانبه .. وهو جائز عند المالكية .. فيأخذ عندهم حكم السلم بشروطه .

والسلم جائز استثناء من بيع ماليس عند الانسان (٨) .. وبما أن السلم ليس بموضوعنا وإنما نعرض عليه ، ويكون التفصيل في ذلك مكانه كتب الفروع .

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٩٤/٣

(٧) حاشية الدسوقي ١٩٤/٣

(٨) الخطاب على خليل ٥١٤/٤

أما مسألة الشروع في العمل التي أوردها المالكية فهي موافقة لبعض صور الاستصناع عند الحنفية وأنه بيع وليس بسلم بشرط أن تكون المادة المطلوب صنعها موجودة وذلك منعا للمنازعة بحيث يقدر الصانع على تسليم ما تعهد بصنعه سواء وافق المصنوع المصنوع من أول مرة أو بعد كسر المصنوع وإعادة صنعه مرة أخرى .

وأرى أن هذا تجديد في المذهب كما نفهم من عبارة الدردير وأنه لاخلاف بين مذهب الحنفية والمالكية في جواز هذا العقد الا من حيث الشكل فقط .

فالمالكية .. يروونه بيعا موجودا معينسا .. والحنفية يروونه بيعا موصوفا في الذمة وهذا خلاف شكلي اذا نظرنا الى عرف الناس اليوم .. وأنهم لايشترطون البدء بالصناعة فورا ، وإنما الشرط هو في موعد التسليم .. وأن الصانع سواء كان فردا أو شركة يبدؤون في الغالب فور التعاقد على الشيء المطلوب صنعه في العمل فيه ولهذا .. يضربون أجلا للتسليم بقصد الاستعجال لا الإهمال .

* * *

الفرع الثانى :

حكم الاستصناع عند الشافعية :

لو تصفحنا كتب الشافعية لوجدنا ان التعامل فى المطلوب صنعه والمحتاج اليه فى الحياة العملية .. داخل فى باب السلم .

فقهاء الشافعية (٩) .. جوزوا السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته .. فعندما يراد صنع مائدة من الخشب أو الحديد أو الألمنيوم أو من أى شئ آخر من المواد الخام التى أنعم الله علينا بها .. لاستطعنا ان نعرف كيف نصل الى ما نريد سواء كان عن طريق الاجارة والمادة من عند المستصنع أو عن طريق السلم عند الشافعية .

ولكن الشافعية .. لايجوزون هذا التعامل كغيرهم من اصحاب الاتجاه الثانى الا اذا ضبطت صفات المطلوب صنعه .. لأن مالا تضبط صفاته يكون مجهولا والمجهول لايجوز التعاقد عليه سواء بالبيع أم بالسلم أم بالاجارة .

ولكن .. ماهى المعانى التى تحملها هذه الضوابط التى يطلبها الشافعية فى السلم بالصناعات ؟

ينقل لنا الركبى عن الهروى قوله (١٠) « الضبط : لزوم الشئ بقوة ، ورجل ضابط قوى شديد البطش » .

وقال الركبى (١١) : ان ضبط الشئ حفظه بالجزم ، والرجل ضابط أى حازم .

ومن الأمثال التى ساقوها فى هذا المضمار بخصوص المواد الخام والمطلوب صنعه من الحاجيات هى الأثمان ، والحبوب ، والثياب ، والفخار ، والزجاج .

لهذا نجد الشافعية .. لايجوزون السلم بهذه الأشياء المذكورة أعلاه الا اذا كانت مادته مضبوطة الأوصاف .. أى حفظت بقوة بحيث لاىؤدى التعامل بها الى الجهل « والفرر بلا حاجة (١٢) » .

(٩) المهذب للشيرازى ٢١٧/٢

(١٠) النظم المستعذب مع المهذب للركبى ٢١٧/١

(١١) نفس المصدر السابق .

أما السلم بالألوانى المصنوعة والمختلفة الأعلى والأسفل كالإبريق ،
والمنارة (١٣) ، والكراسة (١٤) غلهم فيها وجهان :

الوجه الأول : لايجوز السلم بها .. وذلك لأنها مختلفة الأجزاء ،
فلم يجز السلم فيها كالجلود .

الوجه الثانى : يجوز السلم بها .. لأنها يمكن وصفها .. فجواز
السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة (١٥) .

بعد هذا كله .. نستطيع القول .. بأن طلب الصنعة درس دراسة
لا بأس بها عند الشافعية .. إلا أنهم جعلوه ضمن أحكام السلم .. فهم
استعملوا ألفاظا تنبىء عن هذا الاهتمام وتزيدنا بمعرفة حكمه عندهم .
جاء فى المذهب (١٦) «يجوز السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته»
.. ومثل لهذا بأشياء تدل على أنها لايتباع إلا بعد صنعها كالخار ..
وجوز أيضا التعامل بالورق المصنوع .. لأنه معلوم القدر ، ومعلوم الصفة ..
أما فى صبغ الغزل ونسجه .. فيقول صاحب المذهب (١٧) « ويجوز فيها صبغ
غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل » .

وفى الثياب .. قال الشيرازى أيضا : واختلف أصحابنا فى الثوب
المعمول من غزلين .. فمنهم من قال : لايجوز .. لأنها جنسان
مقصودان ، لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبهه الغالية .

(١٣) **المنارة :** الأصل منورة تلبث الواو لنا لتحركها ، وانفتاح ما قبلها . موضع النور
كالمنارة . **والمنارة :** الشمعة ذات السراج وفى الحكم « المسرجة » وهى التى يوضع
عليها السراج . قال أبو ذؤيب : وكلاهما فى كنهه يرينه . . فيها سنان كالمنارة أصلع
أراد أن يشبه السنان فلم يستقم له فأتبع اللفظ على المنارة وقوله أصلع يريد أنه
لا صدا عليه فهو يبرق » .. شرح القاموس لـ محمد الزبيدى / (محل النون من باب
الراء .

(١٤) **الكراسة :** كوز ضيق جمع كراس جمع كراب . وقال ابن دريد : ولا أدرى
أعربى هو أم معرب — غير أن العرب قد تكلموا به .. شرح القاموس / باب
الزاي .

(١٥) تبعن فى كلام الشافعية بالوجه الثانى تجد أنهم يملكون ذلك بكونها يمكن وصفها ..
ومطلوا بالأسطال المربعة . أى أنه يجوز فى الألوانى المختلفة الأعلى والأسفل كما
يجوز فى الأسطال المربعة .

أذن .. صنع الأسطال والصحاف الواسعة يكون وصفها ممكنا وسهلا ..
ومن كلامهم أن السلم بالألوانى جائز إذا كانت مضبوطة الأوصاف نستخلص جواز
السلم فى الأموال المصنوعة باليد قديما .. وبالمسكينة حديثا .. لا بل التى تصنع
بالمسكينة أقرب للجواز .. لأن الذى يخرج منها من انتاج متساوى الى حد كبير .

(١٦) المذهب ٢٩٧/١

(١٧) نفس المصدر السابق .

ومنهم من قال يجوز . . لأنها جنسان يعرف قدر كل واحد منهما . .
وفي روضة الطالبين للنووى (١٨) : يجوز السلم في الكاغد عددا . .
ويبين نوعه وطوله . . والكاغد : هو من مصنوعات الورق غالبا .

الصناعة بالقالب :

ان اكثر الصناعات الحديثة يتسم عن طريق التفنن بالشئ وضبط
صفات المطلوب صنعه حسب المواصفات . . ثم يتم صنعه عن طريق
القالب المصبوب بالماكينة أو الفرن . وإذا كان كذلك . . فالتعامل به
يبعد القرر والجهالة الى حد كبير .

لهذا . . نجد هذه النقطة قد أثارها النووى حيث جوز السلم فيها
يصب منها في القالب لعدم اختلافه (١٩) .

علة المنع عند الشافعية :

بعد ان عرفنا ان الشافعى يمنع الاستصناع ان لم تضبط صفات
المستصنع فيه . وذلك في حالة كون المستصنع فيه يشمل مادتين فأكثر
ويجوز مطلقا بلا شرط ان كان من مادة واحدة .

فيكون الاستصناع جائز عند الشافعى ان ضبطت صفاته ، وأبعدت
كافة الأمور المؤدية للمنازعة .

وكذلك يفهم ذلك من كلام فقهاء الشافعية . . كتجوز النووى (٢٠) للسلم
في الصناعات التى تتم بالقالب . . انما مؤداة ضبط المطلوب صنعه . . وفي
القالب يتم هذا الضبط .

وقول النووى (٢١) : في الأسطال المربعة . . وهى المسادة المطلوب
صنعها في الحياة العملية لكثير من البشر . . والمكونة عادة في وقتنا الحاضر
من الحديد أو النحاس أو الصفر أو البلاستيك . . وتشديد الامام
النووى (٢٢) في مسألة صنع الثياب ان يذكر جنس الخيط كأن يكون من

(١٨) ٢٨/٤

(١٩) نفس المصدر السابق .

(٢٠) روضة الطالبين للنووى ٢٨/٤

(٢١) نفس المصدر السابق .

(٢٢) نفس المصدر السابق ٢٥/٤

ابريسسم او قطن او كتان . والنوع ، والبلد الذى ينسج فيه ان اختلف به الغرض . . الى ان يذكر : ويجوز السلم فى القمص والسراويلات اذا ضبطت طولاً ، وعرضاً ، وسعة ، وضيقاً (٢٣) .

فعلى هذا . . نجد ان اصحاب الشافعى يتفقون مع الامام الشافعى فى جواز السلم بالصناعات ان كان من مادة خام واحدة او اكثر بشرط ضبط الصفة .

اما قول صاحب المذهب (٢٤) : بأنه لايجوز السلم فيها يجمع اجناساً مقصودة لا تتميز كالفالية . . والسبب فى هذا المنع لان الفالية تكون عادة من عدة مواد خام . . فهي تكون عادة من الكافور والعنبر المخلوط بماء الورد .

راى المطيعى (٢٥) :

ثم جاء المطيعى فى تكملة للمجموع للنووى . . فتكلم عن الصناعات فى باب السلم فادخل فى هذا النوع من العقود كثيراً من المصنوعات الحديثة . وجوز (٢٦) التعامل بها على أساس طلب الصنعة واعطاها حكم السلم . ومن الصناعات التى جوز السلم بها الثلاجة ، والغسالة ، والمذياع ، والمحركات بأنواعها الخ ، مما هو واقع فى عصره . . الا انه شدد على مسألة ضبط الصفة كشافعى وهى امر هين على ما يقول . . فان المصانع ترسل سجلاً لكل آلة يصنعونها يبين فيها نوع المادة المصنوع منها والشيء الذى تم به الصنع ووزن المادة وصفتها . . الخ . مما لا يخفى على كل واحد منا .

(٢٣) نفس المصدر السابق.

(٢٤) المذهب للشيرازي ٢٩٧/١.

(٢٥) للمطيعي : هو محمد بن نجيب من العلماء المعاصرين وقد قام مشكوراً بتكملة المجموع

التكملة الثانية وحقق احاديثه وطبعه طبعة جديدة

(٢٦) تكملة المجموع ١٢/١٣٠

رأى أبو سنة ومناقشته :

يرى الشيخ / أحمد فهمى أبو سنة .. أن الاستصناع جائز كما فى كتب الشافعية (٢٧) وهو المنقول فى كتبهم .. فقد قال : المنقول فى كتب الشافعية أن منع هذه الصورة إنما يكون فيما لا ينضبط مقصودة بأن يجمع اجناسا مقصودة لا يعلم مقدار كل واحد منها كالخفاف والثياب المصبوغة والغالية .. بخلاف ما انضبط مقصوده .. بأن كان من جنس واحد أو من جنسين معلوم مقدار كل منهما وهم أولى بنقل مذهبهم » .

ولا أدري كيف بنى أبو سنة رأيه على جواز الاستصناع عند الشافعية بهذه العجالة مع أنه رجع فى كلامه الى مصدرين من مصادر الشافعية وهما : المذهب والمحلى وكلاهما لم يذكر هذا الراى .. سوى أن . صاحب المذهب والمحلى جوزا السلم بالصناعات .. بشرط ضبط الصفة على ما ذكرناه سابقا .. ولكن لم يذكر جواز الاستصناع .

ولكن يمكن أن يكون فهم أبى سنة هذا كفهمنا من أن تجويزهم للسلم بالصناعات بشرط ضبط الصفة .. يفهم منه الجواز لطلب الصنعة الذى هو الاستصناع لغة .

ولكن تجويزهم للسلم بالصناعات بلا شك فيه مرق كبير بينه وبين الاستصناع موضوع رسالتى .. فالاستصناع الذى أدرسه هو ذلك العقد المستقل .. لذا أردت التنويه اذ أن دراسة السلم له مكان فى كتب الفروع لمن أراد دراسته .

✽ الفرع الثالث :

✽ حكم الاستصناع عند الحنابلة :

تمهيد :

فى هذا الموجز الذى سنذكره نريد بيان حكم الاستصناع عند الحنابلة بعد أن ذكرنا حكمه عند المالكية والشافعية .

(٢٧) نظرية العرف والعادة لأحمد فهمى أبو سنة ص ١٣٢ .

وأحمد فهمى أبو سنة من المعاصرين وهو الآن أستاذ فى الدراسات العليا بجامعة الملك عبد العزيز .

فالحنابلة .. لم يفرّدوا للاستصناع بابا مستقلا كما فعل الحنفية .. وكذلك لم يتكلموا عنه في السلم كما فعل المالكية الذين شبهوه بالسلم أو كما فعل الشافعية في ادراج مع مسائل السلم بل ذكروا السلم في الصناعات . ولهذا اتكلم عن ذلك فيما يلي :-

السلم في الصناعات عند الحنابلة :

تكلم الحنابلة عن السلم بالصناعات كغيرهم من الفقهاء .. فالحنابلة يجوزون السلم في كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التي تختلف الأثمان باختلافها (٢٨) ..

غنى مسألة بيع المذروع من الثياب والخيوط والثوب المختلف الغزول كقطن وبريسم .. أو قطن وكتان .. فإنه يجوز بيعها من طلب الصنعة .. بشرط ضبطها (٢٩) وذلك بأن يقول السدي « ابريسم » ، واللحمة « كتان » (٣٠) ونحوه .. وهذا ما هو واقع في تعامل الناس الآن .. من أن تكون الثياب المطلوب صنعها محددة النوع فيقال في ورقة البيع لكل سلعة مثلا ٦٥٪ قطن ، ٣٥٪ حرير .

نوع الأموال المصنوعة :

لم يقيد الحنابلة في السلم بالصناعات نوعا معينا في التعامل بها .. بل أطلقوا الجواز .. لكن بشروط السلم المعروفة .

فالكاغد والآواني والثياب وغير ذلك أوردتها الحنابلة حسب ما هو متعامل في تلك العصور .. فهم كالمالكية والشافعية والحنفية في الإطلاق هذا ..

صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة :

أردنا بهذا .. أن نعطي صورة لما أوردوه في المنع ليتضح الأمر أكثر .. فقد جاء في مخطوطة الأزهر لكتاب الفروع والمجودة في مكتبته الأزهر .. تعليق لأحدهم على هذه الصورة فقال (٣١) : « استصناع

(٢٨) المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٦/٤ .

(٢٩) كشف القناع ٢٧٧/٣ .

(٣٠) المغنى والشرح الكبير ٣٦٦/٤ .

(٣١) الفروع لابن مفلح ٢٣/٢ .

سلعة» يعنى : أن يشتري منه سلعة ويطلب منه أن يصنعها له .. «ووضح ذلك بصورة ما إذا اشترى منه ثوبا ليس عنده وإنما يصنعه له بعد العقد .. فهذا باع ما ليس عنده » .

هذا كل ما نقل لنا من رأى الحنابلة فى الاستصناع .. فيكون حكمه اذن عند الحنابلة هو : « المنع » .

والعلة فى المنع : هى انه على غير وجه السلم والتي بينها الحنفية بأنها « عدم ضرب الأجل فى الاستصناع » .. فان صح ما قلناه عن العلة فى المنع يكون بالمفهوم أن الاستصناع جائز أن ضرب الأجل .

وسياتى بيان ضرب الأجل أو عدمه عند الحنفية — أن شاء الله — فيتضح الأمر أكثر .

جاء فى الانصاف (٢٢) .. لا يصح استصناع سعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم ..

وجاء فى كشف القناع (٢٣) : لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .. وهو قول القاضى وأصحابه (٢٤) .

✽ الفرع الرابع :

✽ خلاصة رأى اصحاب الاتجاه الثانى فى الاستصناع :

مما سبق تبين لنا أن عقد الاستصناع كعقد مستقل لم تهتم به المذاهب الثلاثة ذلك الاهتمام الذى أولاه اياه الحنفية فيما ظهر لى وأطلعت عليه .
فالمالكية : شبهوا مسائل الاستصناع بمسائل السلم ، وأعطوه حكم السلم .

أما الشافعية : فقد منعه عندهم امامهم الشافعى نقلا عن كتب الحنفية بدون تعقيب ، وقيد المنع فى كتاب الأم .. فيما إذا كان الصنع يؤدى الى الجهالة المفضية الى المنازعة .. والا فهو جائز أن استطلعنا ضبط الصفات من جميع الوجوه .

(٢٢) الانصاف للمرداوى ٣٠٠/٤ .

(٢٣) كشف القناع للبهوتى ١٥٤/٣ ، انظر الفروع لابن مفلح ٢٣/٢ .

(٢٤) نفس المصدر السابق .

أما أصحاب الشافعي ومن جاء بعدهم .. فقد ساروا على ما سار عليه أصحاب المذاهب الإسلامية الأربعة على جواز السلم بالصناعات بشروطها عندهم .. لكنهم لم يتعرضوا للاستصناع لا بالجواز ولا بالمنع .
وأما الحنابلة : فقد منع الاستصناع عندهم كما نقل لنا في بعض كتب المذهب لكنهم أجازوا السلم بالصناعات بشروطها المذكورة عندهم .

فجميع أصحاب هذا الاتجاه متفقون في رأيهم في السلم بالصناعات .. ودراستنا للسلم .. ستكون مختصرة ، وذلك اتماها للبحث .. وإن كان مقصودي هو البحث في العقد المسمى صراحة بعقد الاستصناع .. لكن هذا لا يمنع من أن أكتب في السلم بالصناعات وشروطها بصورة مختصرة .

✽ المبحث الثاني :

✽ حكم السلم بالصناعات عند أصحاب الاتجاه الثاني :

✽ الفرع الأول : مشروعية السلم :

أن أصحاب الاتجاه الثاني (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة) كما ذكرنا يرون أن الاستصناع يندرج تحت مسائل السلم بالصناعات .. فلا بد من بيان مشروعيته عندهم .. لذا جئت بهذا المختصر عن مشروعيته عندهم .. ودليل المشروعية شروط السلم بعد ذلك .. فأقول : أجمع العلماء جميعا على مشروعية السلم .. وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والاجماع .

الفرع الثاني : أدلة المشروعية :

استدل الجمهور على مشروعية السلم بالكتاب والسنة والاجماع :

الكتاب : فمن الكتاب استدل الجمهور بآية : (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) (٣٥) .. قال الطبري : في تفسير هذه الآية حسب ما نقل عن ابن عباس — رضى الله عنه — فقد قال ابن عباس « أشهد أن السلف مضمون إلى أجل مسمى .. وإن الله أحله وأذن فيه ثم قرأ الآية المذكورة أعلاه » (٣٦) ..

(٣٥) البقرة / ٢٨٢ .

(٣٦) جامع البيان للطبري ١١٦/٣ — ١١٧ .

وجه الدلالة :

أن السلم نوع من البيوع المباحة الى أجل فشملته الآية بعمومها ..
وان لفظ الدين الى أجل مسمى يصلح للسلم ويصح اطلاقه عليه .. وبما
أن السلم بيع فقوله تعالى : (وأحل الله البيع) (٢٧) .. تدل على إباحة
السلم لأنه بيع .

السنة :

ومن السنة .. استدل الجمهور بعدة أحاديث عن الرسول صلى الله
عليه وسلم ومن ذلك ما روى عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال :
« قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة
والسنتين .. فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى
أجل معلوم » (٢٨) ..

وجه الدلالة :

يستدل من هذا الحديث .. على أن الرسول صلى الله عليه وسلم
أقر أهل المدينة لما رأهم يسلفون في الثمار .. ولو كان غير مشروع لما
أقرهم عليه ولنهاهم عنه وبين لهم الصحيح في التعامل بها .

الاجماع :

أما الاجماع فقد انعقد على مشروعية السلم .. فقد قال ابن رشد (٣٩)
« أجمع العلماء على جواز السلم في كل ما يكال ويوزن » .

الفرع الثالث : حكمة المشروعية :

أما حكمة مشروعية عقد السلم فهي تيسير أمور الناس في معاملاتهم
وذلك لكون بعض الناس يرى أنه محتاج للشيء وهو معدوم .. وعند غيره
ما يريد .. ولكن ليس لديه المال الذى يدفعه عوضا عنه .. فياخذ
منه الشيء المراد على أن يسلمه ما اتفقا عليه في الأوصاف المتفق عليها
بينهما .. وفي الزمن المحدد وهذا تيسير ما بعده تيسير .

تنبيه : ما ذكرناه من دليل وحكمة تشريع بالنسبة للاستصناع باعتباره
سلما قد أطلقنا فيه الراى عن المالكية على أنه سلم .. لكننا قد أبنا سابقا
أن هناك اتجاه ذكره من المالكية الردير ، والدسوقي في مسألة

(٢٧) البقرة / ٢٧٥ .

(٢٨) رواء الجماعة / منتدى الاخبار مع نيل الاوطار ٢٥٥/٥

(٢٩) بداية المجتهد لابن رشد ١٨/٢ ، انظر المذهب للشرار ٢٩٦/١ .

الشروع في الصنع فيمن رأى شيئاً لم يتم صنعه . . وطلب شراؤه مع اتمام صنعه . . وأن هذا جائز عند المالكية بشرط أن تكون المادة الخام تكنى للصنع لو حدث نقص ولم يرض به المستصنع . . وأن تكون المدة التي ينتهي فيها صنع الشيء المباع مدة قليلة . . فإن هذا جائز وهو بيع .

ولهذا كان لابد أن ننبه على أنه بناء على هذا الرأي يكون دليل مشروعية لهذا العقد عند من رأى جوازه من المالكية في هذه الحالة . . هو الدليل الذي قام به على جواز البيع من كتاب وسنة وإجماع ومعقول . فهو نم يخرج عن كونه بيعاً عاماً غير مقيد . وأن الحكمة في تشريعه تلتبس من موقف الشارع الكريم في التيسير على الناس ، ودفع الحرج عنهم ، وأن شروطه العامة هي شروط البيع .

الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم :

بعد ذكرنا لحكم السلم عند الفقهاء ومعرفتنا بأنه مشروع عندهم بالأدلة الواضحة وبيننا حكمة المشروعية . نريد هنا بيان شروط السلم الخاصة . إذ أننا نعرف بأن للسلم شروطاً عامة هي شروط البيع . وقد تكلمنا عنها في المبحث الخاص للشروط العامة . وهنا نذكر شروط السلم الخاصة بصورة مختصرة أكملًا للمبحث واتماماً للفائدة .

وشروط السلم عند الفقهاء منها ما هو مجمع عليه ومنها ما هو مختلف فيه . فعلى هذا يكون بحثنا على قسمين :

القسم الأول : الشروط المتفق عليها عند الفقهاء :

القسم الثاني : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء :

واليك بيان هذين القسمين :

القسم الأول : أجمع جمهور الفقهاء على شروط ثلاثة خاصة بالسلم . وهي ما يلي :

الشرط الأول : أن يكون المسلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النساء (٤٠) . . فيشترط في المسلم والمسلم فيه أن يكونا مما يجوز فيهما النساء وذلك

(٤٠) انظر الاختيار ٢/٢٤ وما بعدها ، بداية الجتهاد ٢/٢٠٢ ، شرح المنهاج للمحلى ٣٤٠/١ ، المغنى ٤/٣٨٤ .

أما باتفاق المنافع على ما يراه مالك (٤١) .. وأما بالكيل أو الوزن مع الجنس عند الحنفية (٤٢) وأما اعتبار الطعم مع الجنس عند الشافعي (٤٣) .. وأما اعتبار الوزن والجنس في الذهب والفضة ، والكيل والجنس في الأعيان الأربعة عند الحنابلة (٤٤) ..

وسبب اشتراط هذا لأن السلم من شرطه النساء والتأجيل (٤٥) ..
الشرط الثاني : أن يكون المسلم فيه موجودا عند حلول الأجل أو بعبارة أخرى أن يكون عام الوجود (٤٦) في محله وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب التسليم ، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجودا عند المحل بحكم الظاهر . فلم يمكن تسليمه ، ولم يصح بيعه كبيع الأبق . بل أولى . فإن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه فلا يجوز مثلا السلم في العنب الى وقت لا يكون عادة موجودا فيه (٤٧) .. ويرى الشافعي أن معنى هذا الشرط أن يكون مقدورا على تسليمه عند الحلول (٤٨) ..

الشرط الثالث : أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا (٤٩) ..

يشترط الفقهاء في السلم أن يكون الثمن « رأس المال » غير مؤجل أجلا بعيدا .

ويعنى هذا أن يقبض رأس المال في مجلس العقد . فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد ، وبه قال الحنابلة وأبو حنيفة والشافعي لئلا يكون من قبيل بيع الكالئ بالكالئ وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبض الثمن يومين

(٤١) بداية المجتهد ١٢٩/٢

(٤٢) الاختيار ٣٠/٢ .

(٤٣) شرح المنهاج ٢٩٨/١

(٤٤) المغنى ١٤٢/٤ - ١٤٣ .

(٤٥) انظر المغنى ٣٨٤/٤

(٤٦) انظر الاختيار ٣٤/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد ٢٠٣٠٢/٢ ، شرح المنهاج

٢٤١/١ ، ٢٤٢ ، المغنى ٣٧٧/٤ .

(٤٧) انظر المغنى ٣٧٧/٤ .

(٤٨) انظر شرح المنهاج ٢٤١/١ ، ٢٤٢ .

(٤٩) انظر الاختيار ٣٦/٢ ، بداية المجتهد ٢٠٢/٢ ، ٢٠٣ ، شرح المنهاج ٣٣٩/١ ،

المغنى ٣٣٩/٤ .

وثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا . لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلما فأنشبه مالمو تأخر الى آخر المجلس .

الشرط الرابع : أن يكون المسلم فيه مقدرا بالكيل أو بالوزن أو بالعدد
ان كان مماشأنه ذلك أو بالصفة أن كان مماشأنه ذلك (٥٠) . . وهذا الشرط يراد به معرفة المقدار المسلم فيه بالكيل أن كان مكيلا ، وبالوزن أن كان موزونا وبالعدد ان كان معدودا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف فليسلف في كيل المعلوم ووزن المعلوم الى أجل معلوم » ولأنه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشتراط معرفة قدره كالثمن .

القسم الثاني : الشروط المختلف فيها وهى كالاتى :

أولا : الأجل : اختلف الفقهاء فى الأجل هل هو شرط فى السلم أم لا ؟ فأبوحنيفة : يرى أنه شرط صحة (٥١) . . لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « الى أجل معلوم » وروى عن مالك . روايتان : الاولى : على أن الأجل شرط فى السلم . وفى الثانية : جواز السلم حالا . .

وأدلتهم فى هذا حديث ابن عباس المشهور فى السلم السابق الذكر « من أسلف فليسلف . . . الحديث » . وهناك دليل عقلى مفاده : ان لم يشترط الأجل كان من بيع مالىس عند الانسان المنهى عنه . وعند الحنابلة : لا يصح السلم حالا (٥٢) . . وأما الشافعى : (٥٣) . . فيجوز السلم عنده حالا ومؤجلا . وسبب هذا انه اذا جاز السلم مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا .

ثانيا . وجود جنس المسلم فيه فى حال العقد : فلا يصح عند الحنفية (٥٤) السلم فى المنقطع أى لابد من وجود المسلم فيه من وقت العقد الى وقت المحل . . لأن القدرة على التسليم انما تكون بالقدرة على الاكتساب . . أما جمهور الفقهاء : فلا يشترطون هذا (٥٥) . . وقالوا : يجوز السلم فى غير وقت إيبائه .

(٥٠) انظر الاختيار ٢/٣٤ - ٣٥ ، بداية المجتهد ٢/٢٠٢ - ٢٠٣ ، شرح المنهاج

١/٣٣٩ ، المغنى ٤/٣٦٩ .

(٥١) الاختيار ٢/٣٥ .

(٥٢) المغنى ٤/٣٧٢ - ٣٧٣ .

(٥٣) شرح المنهاج ١/٢٤١ .

(٥٤) الاختيار ٢/٣٧ .

(٥٥) بداية المجتهد ٢/٢٠٤ .

ثالثا : مكان القبض : يشترط عند أبى حنيفة بيان مكان قبض المسلم فيه (٥٦) .. ولم يشترط عند غيره وهم الجمهور .. وقال القاضى المالکى أبو محمد : الأفضل اشتراطه ، وقيل ليس يحتاج الى ذلك (٥٧) ..

رابعا : أن يكون الثمن مقدرا : مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا لاجزاغا :

اشترط أبو حنيفة بيان قدر رأس المال .. وقال صاحبان : يكتفى بالاشارة لأنه يصير معلوما بها .. وصار كالثوب اذا كان رأس المال (٥٨) .. واذا كان الثمن معينا فقد قال القاضى أبو يعلى الحنبلى ، وأبو الخطاب : يشترط ذلك لأن أحمد — رحمه الله — قال : يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته .. وهذا قول مالك أيضا (٥٩) ..

* * *

(٥٦) الاختيار ٣٤/٢ انظر المغنى ٢٤١/١
(٥٧) بداية المجتهد ٢٠٤/٢ ، ويشترط ذلك ان كان فيه مؤنة انظر شرح المنهاج ٢٤١/١
(٥٨) الاختيار ٣٥/٢ .
(٥٩) الشرح الكبير مع المغنى ٣٨٢/٤ .

الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى

* المبحث الأول : الظاهرية :

لم أجد في كتب الظاهرية شيئاً اسمه استصناع لامن قريت ولا من بعيد فيما اطلعت عليه .. الا ائني يمكن أن أقول بأن الاستصناع غير جائز عند الظاهرية لما يلي :

١ — بحكم « القاعدة العامة التي يسرون عليها وهي » أن الأصل في العقود والشروط الحظر .. الا ماورد نص بإباحته (١) ..

٢ — أو أنهم لا يأخذون بالقياس كدليل يستدل فيه بجواز عقد أو عدم جوازه فكيف يأخذون بالاستحسان (٢) الذي ثبت به الاستصناع ..

* المبحث الثاني : الشيعة الجعفرية :

لم أجد نصاً واحداً عن رأيهم في الاستصناع عند قراعتي لكتبهم الموجودة تحت أيدينا .. سوى أن الموسوعة الفقهية (٣) أوردت لنا رأي الجعفرية منقولاً عن كتاب الخلاف للطوسي (٤) فقالت « وذهب الشيعة الجعفرية الى عدم جواز الاستصناع » .

* * *

(١) انظر ما بحث في مدى حرية المكلف في انشاء العقود في هذه الرسالة صفحة (١٣)
(٢) انظر ما جاء في مناهج الاجتهاد لسلام مذكور ص ٧٠٠ .. حيث ورد أن داود الظاهري لاحظ على الشافعي أنه يأخذ في بعض الأحكام بالقياس .. واعتبره مصدراً لاستنباط الأحكام .. فخرج على مذهب الشافعي بعد أن أخذ منه
قال داود : أخذت أدلة الشافعي في إبطال الاستحسان فوجدتها تبطل القياس ..
انظر ملخص إبطال القياس .. والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل لابن حزم ص ٤ .

(٣) موسوعة عبد الناصر الفقهية ٩٥/٧ .

(٤) الخلاف للطوسي ٥٩٩/١ نقلاً عن الموسوعة ن . م .

الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعى

لما كان عقد الاستصناع يندرج في عقد المقاولة كما سنبينه — ان شاء الله — عند الكلام عن تكييف الاستصناع ، وأنه عقد مستقل عند دافيد . . والمعروف في النظم الوضعية أن عقد المقاولة عقد يرد على العمل (٥) . . وعقد العمل : من العقود الثلاثة الداخلة بالحقوق الشخصية . . غالاتزام في الحقوق الشخصية اما هو التزام باعطاء او التزام بعمل . . أو التزام بامتناع عن العمل .

وحكم عقد المقاولة في النظام الوضعى عقد ملزم للجانبين . . وهو من عقود المعاوضة . . فهو جائز وملزم في آن واحد .

جاء في الوسيط (٦) . . « عقد المقاولة عقد رضائى لا يشترط في انعقاده شكل معين . . وهو عقد ملزم للجانبين . . وهو من عقود المعاوضة » . وهو بهذا . . يتفق مع الفقه الحنفى في جواز هذا العقد . . الا ان الحنفية عدوه عقدا مستقلا . . والمدنى المصرى : عده عقدا داخلا ضمن عقد المقاولة وسار دافيد في رسالته على رأى الفقه الحنفى .



(٥) الوسيط للسنبورى ٧/٧ .

(٦) نفس المصدر السابق ٦/٧

الباب الثالث تكييف عقد الاستصناع

* * *

الفصل الأول: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول.

الفصل الثاني: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعي.

* الباب الثالث

* تكيف عقد الاستصناع :

الفصل الأول : تكيف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيد :

عقد الاستصناع عقد من عقود البيع (١) بلا خلاف كما أن السلم عقد من عقود البيع إلا أن السلم عقد مستقل يأخذ شروط العقد العامة إضافة للشروط الخاصة به .

لكن هل الاستصناع عند الحنفية هو عقد مستقل من كل جوانبه كبقية العقود الأخرى ؟ .. كالسلم مثلا .. وهذا ماسنفضله — ان شاء الله — فيما بعد .

المبحث الأول : جملة الآراء حول تكيف عقد الاستصناع عند الحنفية :

بالتدقيق نجد أن تكيف عقد الاستصناع مختلف فيه عند فقهاء الحنفية أنفسهم فمنهم من يرى أن الاستصناع عقد بيع .. إلا أنه عقد بعض مستلزمات البيع (٢) ، وأخذ شبها بالاجارة (٣) فهو بيع المطلوب منه عند رؤيته بعد اتمام صنعه .

والبعض الآخر .. عده اجاره محضة .. وكيفه البعض الآخر على أنه اجارة ابتداء بيع انتهاء .. فعلى أى الطرق والسبل سنسير في ترتيب الحكم فيما لو حصل نزاع أو خلاف حول هذا التعاقد بين الطرفين . هذا ماسنبينه — ان شاء الله تعالى — فيما يلي من الآراء .

الفرع الأول : الاستصناع بيع :

يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع بيع .. وأصحاب هذا الرأي يرونه بيعا بمعنى أنه نوع من البيع لكن ليس على إطلاقه .

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٥ وما بعدها ، البدائع ٢٦٧١/٦ . المبالغات الفروية — محمد عارف الجويجلى ٨١/١ .

(٢) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٣) نفس المصدر السابق .

قال السرخسى (٤) : اعلم بأن البيوع أربعة : بيع عين بثمن .. وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم .. وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما .. فالمعقود عليه الوصف الذى يحدث في المحل بعمل العامل .. والعين هو الصبغ بيع فيه ..

وبيع عين شرط فيه العمل .. وهو الاستصناع ، فالمستصنع فيه مبيع عين ..

فهذا الأخير .. عده السرخسى بيعا .. الا أنه ليس على اطلاقه بدليل أن السرخسى وغيره كما سنبينه فيما بعد .. ذكروا أن للاستصناع شبهة بالاجارة فأخرجوه عن البيع المطلق .. وكذلك فإن السرخسى ساوى بين السلم والاستصناع في كونه بيع ومن هذه المساواة يستدل على أنه لا يريد به البيع المطلق .. فالسلم بيع الا أن له اسم مستقل وشروط خاصة به غير الشروط العامة .. وكذلك الاجارة على العمل ليست ببيع على الإطلاق .

وفي البدائع (٥) . وعند الكلام عن الاستصناع قال : هو بيع لكن للمشتري خيار الرؤية .

الأمور التى خالف فيها الاستصناع البيع المطلق :

ذكر فقهاء الحنفية شيئين مهمين خالف الاستصناع فيها البيع المطلق وهما :

أولا : اثبات الرؤية في الاستصناع (٦) :

فخيار الرؤية لا يثبت في البيع على اطلاقه .. بل لابد من شروط لاثبات هذا الخيار سنوردها في موضعها — ان شاء الله — .. أما الاستصناع فإنه يثبت فيه خيار الرؤية على اطلاقه بدون شرط .

ثانيا : اشتراط العمل في الاستصناع (٧) :

والمعروف أن البيع لا يشترط فيه العمل .. ان تم على أنه بيع مطلق .. ولهذا خالف الاستصناع الذى هو بيع يشترط فيه الصنع .

(٤) المبسوط للسرخسى ٨٤/١٥ وما بعدها .

(٥) ٢٦٧٧/٦ .

(٦) انظر المبسوط ٨٥/١٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٧) المبسوط ٨٥/١٥ .

رأى صاحب العناية :

أما صاحب العناية .. فقد عده بيعا محضا (٨) ، ومعناه في الظاهر أنه يريد به البيع المطلق الذي لا يفقد شيئا من مستلزماته ..

رأينا :

أما الذي أراه فان كلام صاحب العناية عن الاستصناع بأنه بيع محض لا يمنع من أن يكون الاستصناع قد فقد شيئا من مستلزماته البيع المطلق .. الا أن صاحب العناية لم يذكرها لأنها مذكورة في أغلب الاحوال عند الكلام عن تعريف الاستصناع فلا حاجة لتكرارها .. فهو في النهاية يتفق مع رأى الكسائى والسرخسي السابق الذكر .

رأى المخالفين في كون الاستصناع بيعا :

عورض الرأى السابق القائل بأن الاستصناع بيع .. بعدة اعتراضات نوردتها فيما يلي :

الأول : (٩) لو كان الاستصناع بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين ، كما تقولون لكنه يبطل بموت أحدهما ..

الجواب : أجيب عن هذا الاعتراض بأن للاستصناع (١٠) شبهة بالاجارة من جهة واحدة وهى أن في الاستصناع طلب الصنع وهو العمل .. فاشبهه الاجارة .. وكذلك للاستصناع شبهة بالبيع من حيث أن المقصود من الاستصناع العين المستمنع .

فلشبهه بالاجارة .. قلنا يبطل بموت أحدهما .. ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا غيه القياس والاستحسان .. وكذلك أثبتنا خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع المطلق .

ثانيا : واعترض ايضا (١١) بأن اعتبار الاستصناع بيعا مخالفة لأمر الشارع .. لأن الاستصناع بيع للمعدوم .. وبيع المعدوم لا يجوز شرعا .

(٨) العناية جع فتح القدير ٢٥٥/٥ .

(٩) نفس المصدر السابق .

(١٠) نفس المصدر السابق .. ابن مابدين في حاشيته ٢٢٤/٥ .

(١١) نفس المصدر السابق .

الجواب : ولجيب عن هذا الاعتراض (١٢) بأن المعلوم قد يعتبر موجودا
حكما في الأمور التالية :

١ — في التذكية : فان الناسى للتسمية عند الذبح .. تعتبر التسمية
موجودة لعذر النسيان مع انها معدومة حقيقة .

٢ — الطهارة للمستحاضة : فان الطهارة للمستحاضة جعلت
موجودة لعذر جواز الصلوات .. لثلاثا تتضاعف الواجبات .. فكذا
المستصنع المعلوم جعل موجودا حكما للتعامل .

ثالثا : اعترض أيضا (١٣) على أصحاب الرأي القائل بأنه بيع .. بأن
الاستصناع انما يصح اعتباره بيعا في حالة كون المعقود عليه هو العين
المستصنع .. وعندنا في الاستصناع يكون المعقود عليه هو الصنع
« العمل » لا العين .

الجواب : وأجيب (١٤) عن هذا الاعتراض : بأن المعقود عليه هو العين
لا العمل فلو ان الصانع جاء بالمستصنع فيه مفروغا وذلك بأن صنعه
شخص آخر غيره .. ولم يكن من صنعه .. او من صنعه لكن قد صنعه
قبل العقد لبعده .. واخذ المستصنع لمواظاته للشروط المطلوبة جاز .

الفرع الثاني : الاستصناع اجارة محضة :

بعد ان بينا أن الاستصناع عقد بيع له صفة خاصة تميز بها عن البيع
المطلق نرد في كلمات على الرأي القائل .. بأن الاستصناع عقد اجارة .
فقد ورد هذا القول في معرض بيان صاحب العناية لحقيقة عقد
الاستصناع اذ ورد فيه .. أن بعضهم يرى أن الاستصناع «اجارة
محضة» (١٥) .. وأنهم استدلوا لهذا القول بشبه لاتصل الى مرتبة الدليل ..
فقد ربطوا بين الاستصناع وبين فعل الصباغ .

فان فعل الصباغ .. هو : الصبغ « العمل » في العين بصبغها .. وان
ذلك هو نظير الاستصناع وان عمل الصباغ اجارة محضة .

(١٢) انظر العناية مع فتح التدبير ٢٥٥/٥

(١٣) نفس المصدر السابق .

(١٤) نفس المصدر السابق .

(١٥) نفس المصدر السابق . ٢٥٦/٥ .

هذه هى الشبهة التى حدث ببعض الحنفية الى القول بأن الاستصناع اجارة محضة .

الرد : وقد رد هذه الشبهة صاحب العناية (١٦) فقال : ان هناك غرقا بين الاستئجار على الصبغ وبين الاستصناع .. فعمل الصباغ محله العين وهو الصبغ .. اما الاستصناع فليس كذلك .. غافرتقا .

فلا يقاس الاستصناع على استئجار الصباغ لصبغ الثوب .. فهذا قياس مع الفارق ووجه الفرق كما ذكرنا .. هو أن الصبغ « أى عمل الصباغ » أصل والصبغ « أى المادة الخام » آلتة .. فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل فى عين يملكها المستأجر .. اما هاهنا فى الاستصناع فالأصل فيه هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع .. ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفة الا بالعمل .. فأشبهه العقد هنا الاجارة فى حكم واحد لاغير ..

ولذلك .. افترق عمل الأجير عن الاستصناع .. وهناك غروق أخرى تميز الاجارة عن الاستصناع نذكر منها مايلي (١٧) :

فى اجارة الصانع للعمل : يعتبر الصانع من قبيل الأجير المشترك .. وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنعيته فهو يقدم عملا لا عينيا .. واما الاستصناع فان الصانع يقدم فيه مادة وعملا بها .. ولهذا لو تعاقدا على أن تكون العين من صاحب العمل والعمل من الصانع كان العقد عقد اجارة لا استصناع .

وأن دفع اليه بعض الممول وأمره أن يزيده من عنده ما بقى لاتمامه .. فهذا جائز ويكون قرضا .. ولو أمره أن يزيده اليه شيئا مجهولا .. فان العقد لا يصح .. الا اذا كان ما أمره بزيادته — وأن كان مجهولا — من الأمور المعلومة عند الصانع فانه يصح .

وذلك كان يدفع للصانع ثوبا ليصبغه بعصفر .. فهذا يجوز مع أن قدر العصفر غير معلوم . وكل ذلك يختلف باختلاف العرف فى كل بلد .

(١٦) العناية ٢٥٦/هـ

(١٧) انظر بحث الاجارة المقدم للموسومة الفقهية فى الكويت مؤلفه : مصطفى كمال وصلى والمطبوع على الآلة الكاتبة فترة / ٢٧٢ .

الاجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع :

تبيل بيان الفرق بين الاجارة والاستصناع لابد من كلمة تعريفية للاجارة على الصنع : فقد جاء في المبسوط أن الاستئجار للصناعة هو (١٨) : بيع عمل العين فيه تبع .

فرق السرخسي بين الاستصناع والاستئجار للصناعة فقال (١٩) : اذا أسلم حديدا الى حداد ليصنعه اثناء مسمى بأجر مسمى . . فانه جائز ولا خيار فيه اذا كان مثل ما مسمى . لأن ثبوت الخيار للفسخ ليعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا . فانه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه .

فاما في الاستصناع : المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن . . فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه . . ولأن الحداد هناك « في مثال الحداد المستأجر للصنع » يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيها يكون محله الذمة كالمسلم فيه » .

وفرق الكاساني بين الاستصناع والاستئجار للصنع (٢٠) فقال : ان أسلم الى حداد حديدا ليعمل له اثناء معلوما بأجر معلوم أو جلدا الى خفاف ليعمل له خفا معلوما بأجر معلوم . . فذلك جائز لا خيار فيه . . لأن هذا ليس باستصناع . . بل هو استئجار فكان جائزا . . فان عمل كما أمر استحق الأجر . . وان فسد فله ان يضمه حديدا مثله . . لانه لما أفسده فكانه أخذ حديدا واتخذ منه آنية من غير اذنه . . والثناء للصانع . . لأن المضمونات تملك بالضمنان .

فهذه تختلف الاجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافا بائنا . . ولو شابه الاجارة من جهة كون العقد يبطل بهوت احد' العاقدين مثلا .

الفرع الثالث :

الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء :

يرى بعض فقهاء الحنفية بأن الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء . .

(١٨) المبسوط ٨٤/١٥ .

(١٩) نفس المصدر السابق ٨٥/١٥ .

(٢٠) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

جاء في فتح القدير نقلاً عن الخيرة (٢١) : الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء
لكن قبل التسليم لا عند التسليم .

بدليل أنهم قالوا : اذا مات الصانع يبطل (٢٢) ، ولا يستوفى المصنوع من
تركته ذكره محمد في كتاب البيوع . .

تساؤل :

فان قيل لو انعتد الاستصناع اجارة اجبر الصانع على العمل
والمستصنع على اعطاء المسمى !

الجواب :

واجيب بأنه (٢٣) انها لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه الا باتلاف عين له من
قطع الأديم ونحوه . . والاجارة تفسخ بهذا العذر . . ألا ترى ان المزارع له
ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته . . وكذا رب الأرض . . لأنه لا يمكنه
المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع لو شرط تعجيله لأن هذه الاجارة في
الآخرة كسواء ما لم يره . . ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز
لا اللزوم . . ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لأن
العقد غير لازم .

واما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع بعد
رؤيته اجبر على دفعه له . . لأنه بالآخرة بائع .

الترجيح :

والذي ظهر لي مما سبق في مسألة تكيف عقد الاستصناع . . ان
الاستصناع نوع بيع . . الا انه عقد مستلزمات البيع المطلق والتي كان من
الواجب أن توجد لن اعتبرناه بيعاً مطلقاً . . وهذه المستلزمات هي : —

(٢١) فتح القدير ٢٥٦/٥ — ٢٥٧ .

(٢٢) ان يطلن عقد الاستصناع يموت أحد الماعدين أرجحه الحنفية الى كون

الاستصناع له شبه بالاجارة . . فهل الاجارة تبطل بموت أحد الماعدين ؟

* اجاب عن هذا . . عبد الوهاب البغدادي في كتابه : الاشراف على مسائل الخلاف

٦٦/٢ فقال : لا تفسخ الاجارة بموت أحد الماعدين اذا لم يتمتع استيفاء المنافع

خلانا لابي حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقاً

لمورثته » .

* وهذه الاجارة متروكة للميت فيجب ان تكون لمورثته وهذا ينفي الفسخ . . ولأنه عقد

معاوضة . . فلم يفسخ بموت أحد الماعدين .

(٢٣) فتح القدير ٢٥٧/٥ .

١ — اثبات خيار الرؤية في العقد .

٢ — اشتراط العمل على الصانع .

٣ — عدم وجوب تعجيل الثمن . . فيجوز في الاستصناع عند الحنفية أن يدفع الثمن مقدما أو يدفع بعض الثمن أو لا يدفع (٢٤) . . وهذا غير موجود ولا معهود في البيع المطلق على رأى الجمهور من الفقهاء . . ولأن الاستصناع لا يلزم فيه تعجيل الثمن . . فيكون الاستصناع عند الحنفية عقدا صحيحا في جميع هذه الحالات « حالة دفع الثمن مقدما ، وغير الدفع » ويجوز أن يكون الأجل لشهر أو أقل على رأى أبى حنيفة ، وأكثر من شهر على رأى الصاحبين .

* وبذلك كان الاستصناع عقدا مستقلا مسمى وهو عقد بيع اسمه « عقد الاستصناع » كما أن السلم عقد بيع اسمه عقد السلم .

يضاف اليه أن للاستصناع شبهها بالاجارة من جهة كون الصنعة « العمل المطلوب » فيه تكون من الصانع . . وأن العقد يبطل بموت أحد العاقدين .

* * *

(٢٤) انظر مجلة الاحكام العدلية م/٣٩١ ، وانظر شرحها لملى حيدر ١/٣٦٠ — ٣٦١ .

الفصل الثانى : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعى

تمهيد :

سبق أن أوردنا فكرة عامة عن الاستصناع فى النظام الوضعى والتعريف بعقد الاستصناع وحكمه .. وهنا سنتكلم عن تكييفه فى النظام الوضعى .. سواء كان فى المدنى المصرى أم عند فقهاء القانون الوضعى فاقول :

فى المدنى المصرى : يعتبر عقد الاستصناع داخلا ضمن عقد المقاولة فى القانون المدنى المصرى الجديد .. لأن المقاولة فى القانون المدنى المصرى هى (١) : عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا .. أو .. أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ..

فالمقاولة فى المدنى المصرى ذات شقين :

الأول : أن يتعهد بمقتضى العقد هذا أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا وهذا هو الاستصناع عند الحنفية .. ويؤكد كون هذا الشق من التعريف يراد به الاستصناع ما جاء فى المدنى المصرى (٢) : « ٢ — كما يجوز أن يتعهد المتعاقد بتقديم العمل والمادة معا .. وهو الذى نقصده من دراستنا للاستصناع إذ لو لم تكن المادة والعمل من الصانع لكان العقد اجارة اذا توفرت احكام الاجارة فيه :

الثانى : أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .. وهذه هى الاجارة فى الفقه الاسلامى (٣) .. ويوضح ذلك ما ورد فى المدنى المصرى (٤) « ١ — يجوز أن يقتصر المتعاقد على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله » .

فالمادة فى هذا الشق اصبحت من المستصنع أو رب العمل كما عبر عنه المدنى المصرى وتدخل ضمن الاجارة على العمل .

(١) ٦٤٦/م

(٢) ٦٤٧/م

(٣) نظرية الغرر للفرير ٤٦٠ .

(٤) ٦٤٧/م

فقهاء القانون الوضعي :

في هذه اللمحة التي سأوردها أتكلم عن رأى فقهاء القانون الوضعي كدافيد في رسالته عقد الاستصناع (٥) ، ومحمد لبيب شسنب في كتابه (شرح أحكام عقد المقاولة (٦)) ، والسنهوري في كتابه «الوسيط» .. وكل هؤلاء قد أوردوا رأى فقهاء النظام الوضعي الآخرين دون تنظيم خاص بعقد الاستصناع .. بل في عقد المقاولة بصورة عامة خلا دافيد .

دافيد : قال دافيد (٧) : « ويمكن أن ندهش أمام شيوخ عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد في التقنين المدني الفرنسي .. فعلى هذا لم يكن التقنين المدني الفرنسي وهو الذى أخذ منه أغلب واضعى النظم الوضعية في البلاد المجاورة لفرنسا ..

وعرغه دافيد .. بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئاً بالمسادة التى يقدمها ، وأن يسلم هذا الشيء عندما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .. فهنا وجد عنصران رئيسيان فى هذا العقد وهما : **العمل ، والمسادة** .. فعقد الاستصناع عند دافيد له طبيعته الخاصة ويختلف اختلافاً كبيراً عن العقود الأخرى .. فهو عقد مستقل (٨) ..

ومع هذا .. فقد أورد آراء فقهاء النظام الوضعي المختلفة حول تكييف عقد الاستصناع لاختلافهم فيه .

السنهوري : نجد السنهوري فى موضوع التمييز بين عقد المقاولة والبيع يورد مايلي (٩) : — يظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع فهى ترد على العمل والبيع يقع على الملكية .. فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل .. يبرم عقد المقاولة .. أما اذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك .. فالحق ببيع .. ولا شك أن العقد اذا اقتصر المقاول فيه على التعهد بتقديم العمل على أن يقدم رب العمل المسادة التى يستخدمها فيجوز ذلك .. ولكن اذا قدم رب العمل المسادة واقتصر المقاول على العمل يتحضى عقد المقاولة لا شبهة فيه .. وانما الشبهة تقوم فى الغرض الآخر الذى يتعهد به

(٥) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ .

(٦) شرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شسنب .

(٧) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ .

(٨) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ١ ، ٥٨ .

(٩) الوسيط للسنهوري ٢٢/٧

المقاول بتقديم العمل والمادة معا (١٠) .. فقد يقع أى يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتبا أو مكتبة ويقدم النجار الخشب من عنده .. فهل يبقى العقد فى هذه الحالة وغيرها . عقد مقالة أو يكون عقد بيع واقع على شىء مستقبل هو الأثاث بالنسبة الى النجار .. هذا تساؤل أورده السنهورى وهناك تساؤلات أوردها غيره (١١) .. ونورد فيما يلى أهم الآراء حول تكييف عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :

المبحث الأول :

أثارت مسألة تكييف عقد الاستصناع خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء عند أصحاب النظام الوضعى أوردها محمد لبيب شنب عند البحث عن تكييف عقد الاستصناع وأوردها أيضا السنهورى ، وذكرها دافيد فى رسالته .. والآراء هى ما يلى : —

الفرع الأول : الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل (١٢) .

يستدل أصحاب هذا الراى الى ما يواجهه المتعاقدان عند إبرام العقد غير أن العقد عند إبرامه ليس هو العمل المكلف به .. بل هو الشيء المصنوع (١٣) .

ويبدو أن هذا هو الراجح فى القانون الرومانى (١٤) .. كما أن شراح القانون البحرى يرجحون هذا الراى بالنسبة لعقد بناء السفينة .. وهو يتفق مع وجهة نظر الفقه الاسلامى كما جاءت به كتب المذهب الحنفى .

(١٠) ويسمى العقد بعقد الاستصناع عند دافيد — انظر رسالته ص ٢٢١ .

(١١) أحكام عقد المقالة — محمد لبيب ص ١٦ .

(١٢) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢٤ .

(١٣) أحكام عقد المقالة ص ١٧ .

(١٤) جاء فى مدونة جستنيان فى اللغة الرومانى ص ٢٣٠ ترجمة عبد العزيز فهمى أنه اذا اطلق تيتوس مع أحد الصاغة على أن يأتى الصائغ بذهب منه ويصنع له خاتما بوزن مخصوص وبشكل معين .. وأن يكون للصائغ فى نظير هذا مبلغ مائة دنائير مثلا .. فتدجرى التسليم من هذا الاتفاق « ابيع هو أم اجرة ؟ » وقد ارتأى كاسيوس أن يتضمن عقدين بيما للذهب واجارة للعمل .. انظر شرح أحكام المقالة ص ١٧ .

المنافسة : ناقش لبيب شنب هذا الرأي فقال : أن هذا الرأي يعيبه أنه لا ينظر سوى الى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد وهو نقل الملكية للشيء المصنوع ، ويمهل التزام المقاول بصنع هذا الشيء . . حين نجد أن هذا الأخير ليس مجرد التزام تابع وثانوى اذا ما قيس بنقل الملكية . . بل أنه جوهر عقد الاستصناع . . فقيام المقاول بالعمل الذى هو صنع الشيء . . ركن من أركان الاستصناع . . والدليل على ذلك أنه اذا أتى **الصانع بشيء كان قد صنعه من قبل العقد** غرضى به المستصنع ، فإن ملكية هذا الشيء وان انتقلت اليه . . غذلك لا يكون بمقتضى عقد الاستصناع ، بل بمقتضى عقد آخر (١٥) انعقد بتراضيهما على هذا الشيء . . وغضلا عما تقدم . فإن اعتبار الاستصناع بيعا بسيطا لا يحل المشاكل التى يثيرها . . والمتعلقة بتنفيذ العمل المطلوب .

فهذا الرأي . . أثار كلاما كثيرا يحتاج الى بيان رأى الشريعة فيه أولا ، وثانيا لمعرفة موقع هذا الرأي من أقوال فقهاء الحنفية فيه . .

أما الأول . . فإن قولهم : أن التزام الصانع هو أمر رئيسى ، وليس بثنائوى هو أمر تكلم فيه فقهاء الحنفية واختلفوا فيه فمن قائل أن التزام الصانع بالصنع يكون بعد رؤية المستصنع للمستصنع فيه . . وقال به أكثر فقهاء الحنفية . . وهناك رأى آخر جاء به صاحب الدرر يقول أن الالتزام بالعقد يبدأ من أول التعاقد الى نهايته وهو ما سنبينه فيما بعد — أن شاء الله .

وأما قولهم . . أنه اذا أتى بالمصنوع قبل العقد وأعطاه للمستصنع . . فهذا الأمر أثاره أيضا الحنفية **بقولهم** : لو جاء به مفروغا لا من صنعته لجاز .

أما الثانى : فهو يقرب كثيرا الى رأى الحنفية . . لكن الى درجة القول بأنه متفق مع رأى الحنفية (١٦) . . لأنهم اختلفوا حول التزام الصانع بالصنع وعدمه وهم اعتبروا الالتزام هذا . . مهم جدا . . واعتبروا عمل الصانع ركن من أركان الاستصناع وهذا لم يقل به أحد من فقهاء الحنفية قط .

وهذا رأى . . هو المهم . . لذا قدمناه على غيره .

(١٥) الوسيط للسنهورى ٢٦/٧ ، انظر رسالة الاستصناع لدافيد من ٤

(١٦) جاء فى نظرية الضرر للفرير من ٤٦٠ (مذهب بعضهم الى أن « الاستصناع »

مقد بيع مستقل واتع على شيء مستقل ، وهذا الرأى متفق مع مذهب الحنفية .)

الفرع الثانى : الاستصناع عقد مقالة واقع على العمل (١٧) :

وأصحاب هذا الراى يرون أن الاستصناع يكون عقد مقالة دائما .. والمادة تابعة للعمل فقط .. إذ أن تلك رب العمل للشئ المصنوع ليس الا نتيجة لازمة لكون المتاول يقوم بالمصنع لحساب رب العمل .. وهذا الراى متفق مع راى أحد فقهاء الحنفية وهو أبو سعيد البردعى (١٨) القائل: بأن الاستصناع يقع على العمل دون المادة « العين » ولكن هذا الراى فى الفقه الاسلامى مرجوح .. والصحيح : أن الاستصناع بيع لا اجارة « مقالة » ..

الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقالة أن كانت المادة اقل قيمة من العمل وعقد بيع أن كان العمل اقل قيمة من المادة :

وأصحاب هذا الراى .. يرون أن الاستصناع عقد مقالة على أن العمل هو الأساس فيه .. ويكون بيعا لأن المادة المباعة هى الأساس .. فهو « عقد مختلط » (١٩) بين البيع والمقالة ..

فإن كان العمل هو الأساس والمادة تابعة .. يكون مقالة وبيع .. وإن كانت المادة هى الأساس والعمل تابع لها .. فهو بيع ومقالة .. إذ لا يعتبر عقدا بسيطا مقالة فقط .. أو بيعا فقط .. لأن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكتفى لمواجهة المسائل التى يثيرها عقد الاستصناع ..

ولكن هذا الراى وإن بدى أنه يسد النقص الذى قد يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين فقط .. فهو يؤدى الى اثاره صعوبات غيبا يتعلق بالمسائل التى تتعارض فيها أحكام المقالة مع أحكام البيع كما هو الأمر غيبا تختص بطبيعة العوض وتحديدده ، وانتهاء العقد بالارادة المنفردة .. إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدى الى التحكم فى أغلب الأحيان (٢٠) .

(١٧) رسالة الاستصناع لدايد من ٢١ .

(١٨) سيأتى بيان راى أبى سعيد البردعى حول ما إذا كان عقد الاستصناع يرد على العمل أم على العين « المادة المصنوعة » .. وأبو سعيد البردعى : هو أحمد ابن حسين البردعى نسبة الى بردعة من مقاطعات أذربيجان قتل فى واقعة القرامطة مع الحجاج سنة ٢١٧ هـ . انظر حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(١٩) أحكام المقالة لشنب من ١٦ وما بعدها . ورسالة دايد من ٣٧ .

(٢٠) أحكام عقد المقالة من ١٦ .

وهذا الرأي له شبه برأى أحد الحنفية القائل بأن الاستصناع له شبه بالاجارة وشبه بالبيع .. لكن هذا الرأي في النظام الوضعي يختلف عن رأى الحنفية .. لأن الاستصناع في النظام الوضعي ينظر اليه على انه مقاوله .. فيأخذ حكمها وينفس الوقت يأخذ حكم البيع على حدة .. وهذا لم يقل به أحد من الحنفية .

الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقاوله ابتداء وبيع انتهاء (٢١) :

يرى اصحاب هذا الرأي .. كما نقله لنا دافيد أن الاستصناع عقد مقاوله مادام الشيء لم يتم صنعه بعد .. فإذا انتهى هذا الصنع تحول العقد الى بيع للشيء المصنوع ، وتنقل ملكيته الى المشتري .

واعترض على هذا الرأي .. بقولهم : ان تكليف العقد انما يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك .. ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه عن وضعه اذا ما نفذ .. فضلا عن أن الماثل يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشيء مما يدل على أن المقاوله تظل وتستمر ولا تنتهى بمجرد اتمام هذا الصنع ..

وهذا الرأي .. له شبه بقول بعض الحنفية (٢٢) القائل بأن الاستصناع اجارة ابتداء وبيع انتهاء .. لكن قبل التسليم لا بعد التسليم .

المبحث الثانى : الراى الراجح عند فقهاء النظام الوضعى :

الفرع الاول : الراجح عند السنهاورى :

يرى السنهاورى (٢٣) أن الراى الراجح عنده .. هو ما جاء فى الفرع الثالث السالف الذكر .. والقائل : « أن العقد يكون مقاوله او بيعا بحسب نسبة قيمة المسادة الى قيمة العمل » .. وضرب السنهاورى مثالين لزيادة قيمة المسادة على العمل ومثالا آخرا لزيادة العمل على المسادة فقال عنه أن الأمر ظاهر فى الامثال المتقدمة حيث تصغر قيمة المسادة الى حد كبير بالنسبة الى عمل الفنان .. فتكون تابعة للعمل .. ويكون العقد مقاوله ..

(٢١) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢٥ .

(٢٢) انظر فتح القدير ٢٥٦/٥ - ٢٥٧ .

(٢٣) الوسيط ٢٦/٧ وما بعدها .

وحيث تكبر هذه القيمة الى حد بعيد بالنسبة الى العمل في السيارة التي تحتاج الى اصلاحات طفيفة . . فيكون العقد بيعا .

ولكن كثيرا ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة الى جانب قيمة العمل . . ولو كان اقل قيمة منه . . وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الاثاث والقماش الذي يورده الحائك لصنع الثوب . . فيصبح العقد في هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاوله سواء كانت قيمة المادة اكبر من قيمة العمل أو اصغر .

ويقع البيع على المادة وتسرى احكامه فيها يتعلق بها وتقع المقاوله على العمل وتنطبق احكامها عليه . .

الفرع الثاني : الراجح عند دافيد :

ويرى دافيد (٢٤) بأن الاستصناع عقد مستقل أو ما يسمى في النظم الوضعية « عقدا غير مسمى » . .

مناقشة السنهوري لدافيد :

وناقش السنهوري دافيد (٢٥) . . فقال : هناك رأى يذهب الى أن الاستصناع ليس مقاوله ، ولا بيعا . . بل هو عقد غير مسمى « دافيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس » . . ولا مانع من القول بأن هناك عقدا له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ولكن ذلك لا يعنى أنه عقد « غير مسمى » . . فاسمه معروف وهو « عقد الاستصناع » ولا يمنع أن يكون عقد الاستصناع هذا . . ليس الا مزيجا من « البيع والمقاوله » .



(٢٤) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ وما بعدها

(٢٥) انظر الوسيط في الحاشية ص ٢٧/٧ .

الباب الرابع المقومات والشروط

* * *

الفصل الأول: المقومات

الفصل الثاني: الشروط

الفصل الأول : المقومات

المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود :

سبق وأن تكلمت عن المقومات العامة بصورة موجزة عند البحث عن تعريف العقد وسنتكلم عن ركن الاستصناع في هذا الفصل .

أما باقى المقومات والتي هى شروط عند الحنفية .. وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها من وجهة نظر الحنفية التى ترى بأن الأركان إنما هى شروط للعقد . وقلنا أن المقومات الأساسية لكل عقد هى (١) :

« العاقدان المعقود عليه الصيغة »

وقد عدها بعض الفقهاء ستة أى « العاقدان ، المثلن ، الثمن ، الإيجاب والقبول » .. وبعضهم عدها خمسة (٢) : « العاقدان ، المثلن ، الثمن ، الصيغة » .. وهذه اختلافات شكلية لا أكثر .

والمقومات هذه .. عدها جمهور الفقهاء أركاناً ، وعدها الحنفية شروطاً للعقد ما عدا الصيغة فهى ركن العقد عندهم (٣) .. وعليه فسأتكلم عن ركن الاستصناع ألا وهو الإيجاب والقبول أولاً .. لأنه الركن المتفق عليه عند جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية .. أما باقى المقومات والتي هى شروط عند الحنفية وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها في المبحث الثانى .

المبحث الثانى : ركن الاستصناع :

أبدأ بذكر الركن المتفق عليه بين الفقهاء لآى عقد وأتصد به الصيغة أو « الإيجاب والقبول » ..

الفرع الأول : المراد بالصيغة :

تشمل صيغة العقد ما يتلفظ به العاقدان من عبارات يلتزمان بهما لتكوين العقد والمسماة في عرف الفقهاء « بالإيجاب والقبول » .. وقد تكلم

(١) ، (٢) الشرح المصغر ١٤/٢ .

(٣) الاختيار ٤/٢ .

الفقهاء جميعا عن الصيغة وما المراد بها ، وكيف تكون ؟ وهل تكون بالماضى أم بالحال أم بالأمر ؟ .

وبما ان الاستصناع بيع .. فسنتكلم عن الصيغة ، وما المراد منها أخذا من الكلام عن البيع عند الفقهاء .

الصيغة هي : كل ما يدل على رضا الجانبين البائع والمشتري (٤) —
وهي نوعان :

النوع الأول : الصيغة القولية (٥) : وما يقوم مقامها من رسول أو كتاب .. **فالقول :** كأن يقول البائع قد بعنتك ثوبى بكذا .. أو أرسل له رسولا فقبل البيع في المجلس .. فانه يصح .. والقول يكون باللفظ الذى يدل على التملك **والتملك :** كبعنت واشتريت ويسمى ما يقع من البائع ايجابا ، وما يقع من المشتري قبولا .. هذا عند **جمهور الفقهاء** .

أما الحنفية .. فيرون ان **الايجاب :** هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين سواء كان بائعا أو مشتريا .. **والقبول :** هو ما صدر ثانيا .

النوع الثانى : المعاطاة (٦) : وهى الأخذ والاعطاء بدون كلام .. كان يشتري شيئا بثمن معلوم له .. فآخذه البائع ويعطيه الثمن وهو يملك بالقبض .. هذا عند **جمهور الفقهاء (٧)** .. مع خلاف فى كونه يثبت فى الأشياء اليسيرة أم بالخسيسة أم فى الأشياء كلها .

فالشافعية .. يرون : أن العقد لا يتم الا بالايجاب والقبول (٨) .. وهذا فى العقد بصورة عامة .. أما فى الاستصناع بالذات .. فالحذى اراه أن الاستصناع لا يكون بالمعاطاة لانه لابد من أوصاف يذكرها المستصنع ، واستعداد بالعمل من الصانع .. وهذا يستدعى ايجابا وقبولا .
وقد مثل بعض الفقهاء للصيغ **منها :** اعمل لى (٩) ، وأصنع لى (١٠) ، فيقول الصانع قبلت ورضيت .. أو أى لفظ يدل على الرضا عرفا .. علما

(٤) الاختيار ٤/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٣ ، المذهب ٢٥٧/١ ، كشف القناع ١٣٦/٣ ، ١٣٧ .

(٥) ، ٢٦١ انظر البدائع ٢٩٨٣/٦ ، الاختيار ٤/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٣ وما بعدها ، المذهب ٢٥٧/١ .. المغنى مع الشرح الكبير ٢/٤ وما بعدها .

(٦) البدائع ٢٩٨٥/٦ .

(٨) المذهب ٢٥٧/١ .

(٩) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(١٠) انظر حاشية شلبى على الزيلعى ١٢٣/٤ .

بان لفظة « **اعمل لى ، واصنع لى** » تدل على الأمر . . الا ان الكاسانى وغيره جوزوها .

وعليه . . فان صيغة الاستصناع لا يمكن حصرها فى شىء معين . .
فهى جائزة فى كل ما تعرف عليه بين الناس ، وجرى التعامل بهذه الصيغة
او تلك ما دامت تدل على الرضا .

المبحث الثالث : اركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :

لما كان عقد الاستصناع كما بينا سابقا يندرج تحت عقد المقاولة
فى النظام الوضعى « **المدنى المصرى** » ، وعقدا مستقلا عند دافيد فى
رسالته . . لذا سأتكلم عن اركان عقد المقاولة فى المدنى المصرى بشىء من
الاختصار .

يرى السنهورى عند بحثه لأركان المقاولة فى المدنى المصرى أن أركانها
كالأركان فى سائر العقود (١١) .

والأركان فى سائر العقود هى ما يلى :

١ — التراضى . ٢ — المحل . ٣ — السبب .

ولا شىء يقال فى السبب فى خصوص عقد المقاولة ومحله النظرية العامة
فى السبب والتى بحثت فى الوسيط . . فيبقى التراضى والمحل .

والمحل فى عقد المقاولة مزدوج : فهو بالنسبة الى التزامات المقاتول :
العمل الذى تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة .

وهو بالنسبة الى التزامات رب العمل الأجر الذى يدفعه للمقاتول فى
مقابل هذا العمل . . **والتراضى** : يكون البحث فيه فى شرطى الانعقاد والصحة .
وهذا سنبحثه فيما بعد :

* * *

(١١) الوسيط للسنهورى ٣٦/٧ — ٦٣ .

الفصل الثاني : الشروط

المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره :

تمهيد :

سبق وأن تكلمت عن أركان عقد الاستصناع ، وقلت أن هذا محل خلاف بين فقهاء المذاهب . فبينما يراه الحنفية أن الركن هو الصيغة فقط . . وما عدا هذا فهي شروط . . حين نرى غيرهم وهم الجمهور يرون أن الصيغة والعائدان والمعتود عليه هي الأركان .

ومقومات الاستصناع عند الحنفية تشمل ما يلي :

١- العائدان ٢- محل العقد ٣- صيغة العقد ٤- الثمن
لهذا سأتناول البحث في الشروط من وجهة نظر الحنفية باعتبارها شروطاً وليست أركاناً في العقد .

تعريف الشرط : قبل الكلام عن هذه الشروط أبدأ بكلمة موجزة عن الشرط في اللغة والاصطلاح .

التعريف اللغوي للشرط : الشرط لغة (١٢) هو الزام الشيء والتزامه كالشريطة جميعه شروط وشرائط .

التعريف الاصطلاحي للشرط : والشرط في اصطلاح الفقهاء هو ما يلزم من عدمه العدم (١٣) . . ولا يلزم من وجوده الوجود . . فعند عدم الشرط يستلزم عدم وجود الأمر المشروط له . . كحولان الحول شرط في وجوب الزكاة . . فعند عدم حولان الحول لا تجب الزكاة الى أن يتم هذا الشرط فتوجد الزكاة .

أما وجود الشرط . . فلا يلزم منه وجود المشروط كالمثال السابق . . فعند حولان الحول . . لا يلزم منه وجوب الزكاة لعدم المال . . لأن الشرط يتوقف عليه وجود الشيء والمال . . وإن وجد لكن شرط وجوب الزكاة فيه لم يتحقق . فلم يحل الحول على وجود المال لدى مالكه .

(١٢) تاج العروس - فصل الضمين - باب الطاء .

(١٣) أرشاد المحول للشوكاني ص ٧ .

والشروط العامة للاستصناع هي الشروط التي تشترط في كل عقود المعاوضات كالبيع والسلم والاستصناع والاجارة وغير ذلك من العقود . . بحيث اذا لم تتوفر في العقد . . فانه يكون غير صحيح . . ولا يترتب عليه آثاره . . فهي شروط لابد منها في عقد البيع المباح ليصبح البيع منعقدا . والشروط ذكرها الكاساني في البدائع (١٤) . . وهي عنده اربعة انواع ولكل نوع ما يخصها من الشروط . . وقد اوردها العلماء في كتبهم عند البحث عن اى عقد الا انهم لم يهتموا في ابرازه ذلك الا برار الذي قام به الكاساني في البدائع . . لذا نجد انفسنا امام هذه الانواع وما قاله العلماء في ذلك نوره كل حسب موقعه . . واليك هذه الأنواع :

١ — شروط الانعقاد .

٢ — شروط اللزوم (١٥) .

٣ — شروط الصحة (١٦) .

٤ — شروط النفاذ (١٧) .

وساتكلم عن هذه الأنواع وما يخصها من الشروط فيما يلي :

الفرع الأول : شروط الانعقاد :

وشروط الانعقاد أنواع ، وبعضها يرجع الى ما يلي :

- ١ — العاقد .
- ٢ — صيغة العقد .
- ٣ — البدان .
- ٤ — مكان العقد .

المطلب الأول : شروط الانعقاد التي ترجع الى العاقد هي :

- ١ — اهلية المتعاقدين : ان اهلية المتعاقدين بعمومها ، وبشقيها « العقل والبلوغ » كشرط للانعقاد هي محل اختلاف الفقهاء .
- فالحنفية ، والمالكية ، واحدى الروايتين عند الحنابلة . . يرون أن العقل هو شرط الانعقاد . . فلا ينمقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل عندهم (١٨) .

(١٤) انظر البدائع ٢١٨٧/٦ .

(١٥) شروط اللزوم هي التي لايلزم العقد بدونها ، وان كان قد ينمقد وينفذ بدونها .
البدائع ٢١٨٧/٦

(١٦) شروط الصحة : هي التي لاصحة للعقد بدونها ، وان كان قد ينمقد وينفذ بدونها .
نفس المصدر السابق .

(١٧) شروط النفاذ : هي مالا يثبت الحكم بدونها ، وان كان قد ينمقد التصرف بدونها . . نفس المصدر السابق .

(١٨) انظر البدائع ٢١٨٧/٦ ، المغنى ١٨٥/٤ ، المتنع ٤/٢ ، مواهب الجليل ٢٤١/٤ .

أما الشافعية .. فعندهم يصح البيع من كل بالغ عاقل حر .. فأما الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفق » (١٦) .. هذا دليل المنقول عندهم (٢٠) ..

ومن المعقول قول الشيرازي من الشافعية (٢١) : ولأنه تصرف في المال فلم يقوِّض الى الصبي والمحنون كحفظ المال . .

وقبل أيضا (٢٢) : لا يصح من صبي وأن قصد اختياره وفي هذا
رواية ثانية عند الحنابلة (٢٣) .

والراجع عندي .. هو أن تصرف الصبى المميز ينعقد وذلك لقوة أدلة المبالكية والحنفية ورواية عند الحنابلة .. فهو مأذون له بالتجارة .

ب - أن يكون العاقد متعددا .. يرى الحنفية (٢٤) أن الواحد لا يصلح عاقدا من الجائنين في باب البيع إلا الأب فله أن يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ..

وبالامعان نجد أن شرط التعدد في هذه المسألة « مسألة الأب » يعتبر موجودا .. أما في المذاهب الأخرى .. فيرون ذلك أيضا .. إلا أنهم لا يفكرون هذا كشرط .. فهم يعتبرون العاقدتين من أركان العقد .. ومبنى هذا قائم على الخلاف الموجود بين الحنفية وغيرهم في تحديدهم للركن .

فالحنفية يرون الركن جزء الماهية الذى منه ومن غيره تتكون الماهية
 فغيا يرى غيرهم من الفقهاء أن الركن هو ما يتوقف
 عليه الشيء سواء كان جزء الماهية أو غير جزء . . لكن يتوقف عليه
 وجود الشيء . . ولذلك نرى أن بعض الأركان عند غير الحنفية هى شرط
 لوجود الشيء عند الحنفية .

١١٦) رواه أبو داود في مسنده . ٤/١٧ - ١١٩ ، وقال الأمدى : رواه أحمد وأبو داود
والحاكم من طريق على وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما - انظر الأحكام للأمدى
١٥٠/١ ط أولى م/النور - تعليق عبد الرازق عيسى

(٢٠) المذهب ٢٥٧/١ ، مفتى المحتاج ٧/٢ .

(٢١) نفس المصدر السابق

(٢٢) معنى المحتاج ٧/٢ .

(٢٢) المغنى والشرح الكبير ١٨٥/٤ .

(٢٤) انظر البدائع ٢١٨١/٦ .

المطلب الثاني : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد :

والشروط التي ترجع الى صيغة العقد هي ما يلي :

١ — أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع .. فان خالفه بأن قبل غير ما أوجبه البائع .. فلا ينعقد العقد من غير إيجاب مبتدأ موافق (٢٥) .

٢ — ألا يفصل بين القبول والإيجاب فاصل يدل على الاعراض (٢٦) عن البيع عرفا (٢٧) فلا يشترط أن يكون القبول بعد الإيجاب فورا .. لأن القابل يحتاج الى التأمل والتفكير في البيع .. وهذا يستدعي بعض الوقت الذي لا يعتبر اعراضا عن القبول ولو اقتصر الأمر على الفور لا يمكنه التأمل والتفكير .. فلم تشترط الفورية (٢٨) .

*** المطلب الثالث : الشروط التي ترجع الى البدلين :**

أما الشروط التي ترجع الى البدلين فهي ما يلي :

١ — أن يكون المبيع موجودا : أن كون الوجود شرط في المبيع امر مسلم به مطلقا عند بعض الفقهاء ولا مطلقا عند ابن القيم .. وقد أبنت ذلك بصورة مفصلة وبوضوح عند كلامي عن « التعاقد على المعدوم » في الباب التمهيدى .

وذكرت رأى ابن القيم فيه .. وما استدلل به من كتاب وسنة ورده على من اشترط وجود المبيع مطلقا كشرط لصحة البيع وانعقاده .. وقد رجحت الأخذ برأى ابن القيم بالنسبة لعقد الاستصناع فليرجع اليه (٢٩) .

٢ — أن يكون البدلان مالا متقوما : ومن شروط الانعقاد في البدلين أن يكونا مالا متقوما (٣٠) .. لأن البيع هو مبادلة مال بمال .. فلا ينعقد بيع الحر مثلا .. لأنه ليس بمال ، ولا الخمر ، ولا الخنزير لكونهما ثبت حكمهما بالمنع على العموم في حق المسلم والكافر .

(٢٥) انظر البدائع ٢٩٦٠/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المهذب ٢٥٧/١ ، المغنى ٣/٤ .

(٢٦) بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(٢٧) الاختيار ٦/٢ .

(٢٨) كشف القناع ١٣٧/٣ .

(٢٩) راجع ماكتبته في هذه الرسالة في بحث « التعاقد على المعدوم »

(٣٠) انظر البدائع ٣٠٠/٦ .

✳ وهناك خلاف في هذه المسألة ليس هو موضوعنا .. ويعتبر مالا متقوما : ما منه منفعة (٢١) ، فما لامنفعة فيه لا يجوز بيعة ولا ينعقد العقد معه .. فلا ينعقد مثلا بيع النحل .. لأنه ليس بمنفعة به .. فلم يكن مالا بنفسه بما يحدث منه .

٣ — أن يكون المبيع مملوكا للبائع : لأن البيع تملك فلا ينعقد (٢٢) فيما ليس بمملوك كمن باع الكلاً في أرض مملوكة ، والماء الذي في نهره أو في بئره .. لأن الكلاً وان كان في أرض مملوكة .. فهو مباح .. وكذلك الماء ما لم يوجد الاحراز .

٤ — أن يكون البدلان مقدوري التسليم : كذلك يشترط أن يكون البدلان مقدوري التسليم .. فان كان غير مقدوري التسليم لاستحالته كالطير في الهواء .. فلا ينعقد (٢٣) .. وان كان مملوكا للبائع .

المطلب الرابع : اما الذي يرجع الى مكان العقد من الشروط فهو :

اتحاد مجلس العقد : بان يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد .. فان اختلف المجلس لا ينعقد العقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس .. ثم عاد فقبل لا ينعقد العقد (٢٤) .

الفرع الثاني : شروط اللزوم :

اما شروط اللزوم في العقد فهي ما يلي :

المطلب الأول : خلو البيع من احد الخيارات :

ان من شروط اللزوم في العقد خلو البيع من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدین فسخ العقد .. مثل : خيار الشرط ، والغبن ، والعيب ، والرؤية .

(٢١) ، (٢٢) انظر البدائع نم ، الشرح الصغير ١٩/٢ وما بعدها . الوجيز ١٢٣/١ ، المجموع ١٥٧/٩ وما بعدها ، المتنع ٥٥/٢ وما بعدها ، كشاف القناع ١٥١/٣ .
(٢٣) انظر البدائع ٣٠١٢/٦ ، المتنع نفس المصدر السابق ، الوجيز ١٢٣/١ ، المجموع ١٥٧/٩ .
(٢٤) البدائع ٢٩٦٢٧/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المهذب ٢٥٨/١ ، كشاف القناع ١٣٧/٣ .

فإذا وجدت أحد هذه الخيارات أو بعضها غائبة يمنع من لزوم البيع في حق من له الخيار وكان له أن يقبل البيع ويمضيه أو يفسخه ويرده (٣٥) .. وسنورد تفصيلا لهذا الموضوع ، وبيان لزوم عقد الاستصناع وعدمه ، وبيان الخيارات فيه « العيب والرؤية » ان شاء الله .

المطلب الثاني : وجود شرطى الانعقاد والصحة في البيع :

فلو باع انسان جيفة بيعا عاريا من الخيارات .. فلا يكون لازما .. ولوباع مالا مع جهالة الثمن .. لايلزم أيضا .. وللطرفين حق الفسخ (٣٦) .

الفرع الثالث : شروط صحة العقد :

وشروط صحة العقد هي ما يلي :

المطلب الأول : مايشمل كل الشروط السابقة للانعقاد (٣٧) لكونها تتداخل مع شروط الصحة ، فما لا ينعقد العقد بدونه لا يصح بدونه ضرورة .. اذ الصحة امر زائد على الانعقاد .

المطلب الثاني : أن يخلو العقد مما يلي (٣٨) فيما يلي :

١ — الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع (٣٩) فيما يلي :

أ — جهالة المبيع جنسا او نوعا او قدرا بالنسبة للمشتري .

ب — جهالة الثمن (٤٠) .. فلا يصح بيع الشيء بمثله او بما يستقر عليه السعر مثلا .

ج — جهالة الأجل (٤١) . كما في الثمن .. فيجب أن تكون المدة معلومة .

(٣٥) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ وما بعدها ، المهذب ٢٥٧/١ ، كشاف القناع ١٨٩/٣ ، المغنى ٦/٤ .

(٣٦) شرح المجلة المعدية لحيدر م/٣٦١ .

(٣٧) انظر البدائع ٣٠٣٧/٦ وما بعدها ، شرح المجلة م/٣٦١ .

(٣٨) بداية الاجتهاد ١٤٨/٢ .

(٣٩) هناك جهالة يسيرة لاتؤدى الى النزاع ولا تزعزع استقرار العقد .. فهذه معنى منها عند أكثر الفقهاء .

(٤٠) البدائع ٣٠٥٢/٦ .

(٤١) نفس المصدر السابق ٣٠٣٩/٦ .

٢ — خلو العقد من الشروط الفاسدة : اشترط الفقهاء أن يخلو العقد من الشرط الفاسد .. وللفقهاء خلاف في تحديد الشرط الفاسد .. فبينما يرى الحنفية أن الشرط قد يكون منسدا للعقد ، وقد يكون مبطلا له .. يرى غيرهم أن الشرط المفسد والمبطل بمعنى واحد .. وتحقيق هذا محلة كتب الأصول .

✽ وأيا كانت تلك الشروط الفاسدة .. فإذا وجدت يكون البيع غير صحيح (٤٢) إذا لم يكن الشرع ورد به ، أو لم يكن من مقتضى العقد .

٣ — خلو العقد من الغرر : يشترط لصحة عقد البيع خلوه من الغرر (٤٣) .. والمراد به غرر الوصف كما لو باعه ناقة على أنها تحلب كذا رطلا .. فالبيع فاسد لأن ذلك موهوم التحقق .. فقد ينقص .. إما لو باعها على أنها حلوب من غير تحديد مقدار .. فإن البيع صحيح .

✽ الفرع الرابع : شروط النفاذ :

بعد أن ينعقد العقد وتتوفر فيه شروطه المذكورة سابقا .. قد يعرؤه شيء آخر يجعله منعقدا .. إلا أنه موقوف على إجازة من له حق الإجازة .. لهذا اشترط الفقهاء شروطا لكي ينفذ العقد .. فقد قال بهذا (٤٤) الحنفية ، والمالكية .. وفي رواية لأحمد وأحمد القولين للشافعية .. واليك الشروط في هذا وهي :

المطلب الأول : الملك أو الولاية :

أما الملك .. فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع .. فلا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية .. لكنه ينعقد (٤٥) موقوفا على إجازة المالك عند الحنفية ، والمالكية ، ورواية عند الحنابلة ، وقول عند الشافعية .

(٤٢) انظر البدائع ٣٠٧١/٧ ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، المهذب ٢٦٨/١ ، المقتع ٢٩٨/١ .

(٤٣) البدائع ٣٠٥٣/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، ١٤٨/٢ ، مغنى المحتاج ١٦/٢ وما بعدها ، المغنى ٢٨/٤ وما بعدها ..

(٤٤) انظر البدائع ٣٠١٦/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ المغنى ١٨/٤ مغنى المحتاج ١٥/٢ ،

(٤٥) انظر البدائع ٣٠١٦/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ ، مغنى المحتاج ١٥/٢ ، المغنى والشرح الكبير ١٨/٤ .

المطلب الثانى : الا يكون فى المبيع حق لغير البائع :

فان كان فى المبيع حق لغير البائع .. فانه يكون منعقدا .. الا انه لاينفذ حتى يأذن من له الحق .. فلا يكون بيع المرهون ، وبيع المأجور نافذين ، فاذا ما أجازاه الراهن والمؤجر بصورة يتفقان عليها فيجوز عندئذ وينفذ البيع .. (٤٦)

وهناك تفصيل عند الشافعية والحنابلة والمالكية ليس مكانها هاهنا ، ويرجع اليها فى كتب الفروع (٤٧) .



(٤٦) انظر البدائع ٣٧٢٢/٨ .
(٤٧) بداية المجتهد ٢٧٥/٢ ، منتهى المحتاج ١٤٣/٢ ، المنى والشرح الكبير ٥١٣/٤ .

* المبحث الثانى :

* الشروط الخاصة بالاستصناع :

* تمهيد :

بحث فقهاء الحنفية الشروط الخاصة بالاستصناع .. فتكلموا عن ثلاثة شروط هى :

١ - أن يكون المعتود عليه معلوما . أو بعبارة أخرى : شرط بيان الجنس ، النوع ، القدر . وكلامنا عن هذا الشرط يسبقه بيان رأى فقهاء الحنفية فى المعتود عليه هل هو العمل أم العين ؟ .

٢ - أن يكون الاستصناع مما يجرى به التعامل .. وهذا الشرط يرتكز عليه الاستصناع فى الجواز .. وستتكم عن التعامل ، والعرف .. قبل الكلام عن هذا الشرط .

٣ - ضرب الأجل فى الاستصناع : وسنبين خلاف الفقهاء فيه .. وب نفس الطريقة السابقة فى الشرطين .. سنتكلم عن معنى الأجل .. وهل له صلة بالسلم أم لا ؟ واقسام الأجل عند الحنفية .. وماذا يقصد به اذا أطلق فى الاستصناع ؟

* الفرع الأول : يشترط فى المستصنع غيه أن يكون معلوما ..

وضع للاستصناع شرط واحد خاص بالمعتود عليه وهو أن يكون معلوما .. وقبل البحث فى شرط المعتود عليه هذا .. لابد من التكلم عن المعتود فى الاستصناع ما هو ؟ وما المراد منه ؟ .

المعتود عليه فى الاستصناع : الاستصناع يستلزم شيئين مهمين هما : « العين ، العمل » .. وهما مطلوبان من طرف واحد وهو الصانع .

فالعين وهى المادة الخام التى يراد العمل فيها وبها من قبل الصانع وفق المواصفات المطلوبة من المستصنع .. والعمل .. وهو الجهد الذى يبذله الصانع ، أو من يقوم مقامه .. لكى يصنع المطلوب منه وفق المواصفات التى يقدمها المستصنع له .. فمن هنا يبرز لنا أمر .. لابد من تحقيقه .. وهو حقيقة المعتود عليه .. اهو العمل أم العين :

اختلف فقهاء الحنفية في تعيين المعقود عليه وكان اختلافهم على رأيين هما :

الأول : العين هي المعقود عليه :

من الحنفية من قال بأن المعقود عليه هو العين .. وقال بهذا الرأي جمهور الحنفية ..

الثاني : العمل هو المعقود عليه :

وقال بهذا الرأي أبو سعيد البردعي .

*** الأدلة :**

*** أدلة الرأي الأول القائل بأن المعقود عليه هو العين :**

استدل الجمهور من المعقول على النحو الآتي :

أولا : قال جمهور الفقهاء انه من المتفق عليه بيننا وبين من يعارضنا انه لو استصنع رجل آخر في عين ، وسلمها له الصانع بعد ان استكمل كل ما يطلبه المستصنع سواء كانت الصنعة قد تمت بفعل الصانع أم بفعل غيره بعد العقد .. فان العقد يلزم ، ولا ترد العين لصانعها .. الا بخيار الرؤية .. فلو كان العقد وأردا على صنعة الصانع « اي عمله » لما صح العقد اذا تمت الصنعة بصنع غيره .. وهذا دليل على ان العقد يتوجه على العين لا على الصنعة .

*** قال السرخسي (٤٨) والأصح ان المعقود عليه المستصنع غيه «العين»** وذكر الصنعة « العمل » لبيان الوصف .. فان المعقود هو المستصنع غيه .. الا ترى انه لو جاء به مفروغا عنه من صنعة أو من صنعة قبل العقد فأخذه كان جائزا ..

وجاء في فتح القدير وغيره (٤٩) : المعقود عليه العين دون العمل .

وقال الشرنبلالي (٥٠) : المبيع هو العين قول الجمهور وهو الأصح .

(٤٨) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٤٩) فتح القدير ٥/٣٥٥ ، الدرر الحكام شرح فرر الاحكام ٢/١٩٨ .

(٥٠) حاشية الشرنبلالي على الدرر ٢/١٩٨ .

ثانيا : واستدل الجمهور من الحنفية بأن المتفق عليه أن الاستصناع يثبت فيه للمستصنع خيار الرؤية وخيار الرؤية لا يكون الا في بيع العين .. فدل ذلك على أن المبيع هو العين لا الصنعة .

نقل عن الامام محمد صاحب أبي حنيفة قوله (٥١) : اذا جاء به مفروغا عنه فلمستصنع الخيار لأنه اشترى شيئا لم يره .. وخيار الرؤية انها يثبت في بيع العين .. فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه .

ادلة الراى الثانى : القائل بأن المعقود عليه هو العمل :

استدل لراى أبى سعيد البردعى القائل : بأن هذا العقد أشبه بالاجارة منه بالبيع وانه عقد على العمل (٥٢) لا على العين .. استدل لهذا الراى بما يلى :

١ — عقد الاستصناع ينبنى عنه أنه عقد على العمل فالاستصناع طلب العمل لغة والاديم ، والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل (٥٣) .. فيكون اقرب للاجارة منه لعقد البيع (٥٤)

٢ — لو لم يكن عقد الاستصناع عقد عمل لما جاز أن يفرد بالتسمية فهو أشبه مايكون بعمل الصباغ (٥٥) .. اذ العين وهى الصبغ ، والعمل من عند الصباغ .. ومع هذا لا يعتبر عقد استصناع .. بل هو اجارة محضة .. وعقد الاستصناع أشبه بهذا .

*** المناقشة :**

وقد نوقش راي الجمهور (٥٦) بأنه لو كان كما قلتم : بأن الاستصناع يكون فيه المعقود عليه العين المصنوعة .. وهذا يكون اقرب للبيع لما بطل العقد بموت الصانع كما هو مجمع عليه عند الحنفية .

(٥١) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٥٢) فتح القدير ٥/٣٥٥ وما بعدها ، الدرر شرح الغرر ٢/١٩٨ وما بعدها .

(٥٣) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٥٤) فتح القدير ٥/٣٥٥ وما بعدها ، الدرر شرح الغرر ٢/١٩٨ وما بعدها

(٥٥) نفس المصدر السابق

(٥٦) فتح القدير ٥/٣٥٥ وما بعدها .

وقد رد جمهور الحنفية ما استدل به (٥٧) أبو سعيد البردعي .. من ان الاستصناع يبطل بموت الصانع وانه لو كان بيعا ما بطل بموت أحد المتعاقدين .. رد جمهور الحنفية ذلك فقالوا :

ان للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث أن غيه طلب الصنع وهو العمل .. وله شبهة بالبيع من حيث أن المقصود فيه العين المستصنع .. فلشبهه بالاجارة قلنا أنه يبطل بموت أحد المتعاقدين .. ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا غيه القياس .. والاستحسان .. واثبتنا فيه خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد .

فكل هذه الأمور .. يختص بها البيع لا الاجارة .
وقال جمهور الحنفية ايضا : بأن قياس الاستصناع على عمل الصباغ في الثوب المصبوغ قياس مع الفارق ، وذلك لأن الصبغ أصل (٥٨) .. والصبغ آتته فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر .. أما هنا : في الاستصناع فالأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا .. ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أثبته الاجارة في حكم واحد لا غير (٥٩) .. وهو أنه يبطل العقد عند موت أحدهما « الصانع والمستصنع » وهذا لا يجعله اجارة بحتة .. بل هو بيع أخذ شبهة من عقد الاجارة .

الراى الراجح :

ان الراى الراجح عندى .. هو راى جمهور فقهاء الحنفية القائل بأن المعقود عليه في الاستصناع هو « العين » وذلك لقوة أدلة الجمهور ، واستنتاجاتهم ، ومناقشتهم لأدلة القائل بأنه العمل .. وضعف أدلة هؤلاء تدلنا على رجحان راى الجمهور ايضا .

ثم نرجع بعد هذا الكلام الى بيان الشرط الأول وهو ان يكون المعقود عليه في الاستصناع معلوم القدر والجنس والنوع والصفة .

اهتم فقهاء الحنفية بهذا الشرط (٦٠) فقدموه على كل الشروط مع أنه شرط ورد في كل عقد كما ذكرنا ذلك في شروط العقد العامة .

(٥٧) فتح القدير ٢٥٥/٥ وما بعدها .

(٥٨) الصنع أصل « أى عمل المصباغ في الفرشاة هو أصل في عمله »

(٥٩) فتح القدير ٣٥٦/٥ .

(٦٠) تحفة الفتهاء ٥٣٨/٢ . البدائع ٢٦٧٧/٦ .

قال السمرقندى (٦١) : لابد من بيان القدر وبيان الصفة والنوع . .
وأيده الكاسانى (٦٢) بقوله عن هذا الشرط فقال : ومنها بيان جنس
المصنوع ونوعه وقدره وصفته . . لأنه لا يصير معلوما بدونه .

أما بيان جنس المصنوع . . فيكون ببيان المطلوب صنعه هل هو مثلا
مائدة أم بندقية أم سيارة أم غير ذلك ، وبيان النوع والصنف والمادة وكل
ذلك منعا للالتباس والاشتباه . غنى التعاقد على صنع مائدة مثلا : لابد
من بيان نوعها هل هى من الخشب مثلا . . وهل تكون للطعام أم للكتابة . .
ولابد من بيان القدر من الطول والعرض والارتفاع . . والسماكة فى
الخشب . . وسماكة الأرجل مثلا . . الخ . من المقادير المطلوبة التى
تمنع الجهالة بالمستصنع فيه . ولابد من بيان صفة المطلوب صنعه كأن
يكون فى المائدة مثلا من خشب الساج ، أو الخشب الأبيض ، أو الأحمر ،
وصفة الصبغ الى آخره من الصفات .

وقد ضرب الفقهاء أمثلة عديدة لذلك بها كان يستصع فى عهدهم . .
الا أن هذه الأمثلة ليست للحصر . . بل للتمثيل .

غماذكروه فى هذا المضمار قولهم : لو ارى المشتري رجله لخفاف .
فقال له اصنع لى زوجى حذاء من نوع الجلد الفلانى على أن يكون ذلك
الجلد منك بكذا دينارا وقبل البائع . أو تقاوم مع نجار على أن يصنع له
زورقا أو عربة أو سفينة وبين له طولها وعرضها . . أو كما تفعله الدول
النامية مع الدول الصناعية فى استصناع الآلات والمعدات .

* الفرع الثانى : أن يكون مما يجرى فيه التعامل :

ومن الشروط الخاصة بالاستصناع أن يكون مما يجرى فيه التعامل . .
وقبل البحث فى هذا الشرط . . لابد من كلمة عن مفهوم التعامل بين الناس :

* تمهيد :

أجاز فقهاء الحنفية الاستصناع للحاجة استحسانا وواضح أن كل
ماتدعو اليه حاجة هى مصلحة مطلوبة من قبل الشارع الحكيم . وذلك
ضمن مقاصد الشريعة . التى دعت للمحافظة عليها وهدفت الى تحقيقها

(٦١) تحفة النتهاء ٢/٢٨٠ .

(٦٢) البدائع ٦/٢٦٧٧ .

لتسير الحياة وتنظيم .. فكل ما هو ضروري لحياة المجتمع البشرى أو حاجى .. دعا الشارع للحفاظ عليه .. وأمر بإيجاده وعاقب على محاولة هدمه وتضييعه .. واعتبرت الحاجة عند الفقهاء مبدأ تحكم بها الأحكام الشرعية العامة .. فتكون مبررا للاستثناء اذا تعارض مانقضى به فى حالة من الحالات مع الحكم العام .. فيؤخذ بمقتضاها .. وهذه الحالات استثنائية فالأحكام الشرعية هى لرعاية مصالح الناس وقضاء حاجياتهم وتسهيل أمورهم فهى فى الواقع لاتتعارض مع مصالح الناس لكن قد يؤدى وضع المعايير الشرعية فى بعض الحالات الى تخلف الحكم الضرورى والحاجى .

وفى هذه الحالات يترك المعيار العام ويؤخذ بما تقضى به الضرورة والحاجة والامثلة على ذلك كثيرة ومتعددة .

فالحكم العام .. يحرم اكل الميتة وشرب الخمر .. ولكن فى بعض الحالات يرخص للضرورة فى اتيان هذا المحرم .. فبياح اكل الميتة احياء للنفس عند اشتداد الجوع ، وعدم وجود المباح من الطعام واشراف النفس الجائعة على الهلاك .. (فمن اضطر غير باغ ولا عاد .. فلا اثم عليه .. ان الله غفور رحيم) (١٣) .. فمنع اكل اللحم غير المذكى هو لحفظ النفس .. وهو امر ضرورى .. لكن حينما يكون حفظ النفس باكل هذا الممنوع فانه يترك المعيار العام ويباح ضده : وهو اكل الميتة وذلك عند اشراف النفس على الهلاك ، ومقاربتها له .. وكذلك العقود شرعت أساسا رفعا للحرَج والمشقة عن المكلفين .. وتيسير وسائل التعامل بينهم .. فاذا أدت مشروعية هذه العقود على صفة مخصوصة الى لحوق المشقة فى بعض الصور لزم الرجوع الى ما تقضى به الحاجة كما فى السلم والاستصناع .. فكانت الحاجة وسيلة من وسائل الاستثناء والترخص ومن هنا .. كانت تأعدة « المشقة تجلب التيسير » ، وقاعدة « اذا ضاق الأمر اتسع » وقاعدة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة (١٤) » ..

وهنا يمكننا أن نقول أن تعريف الاستحسان يوحى بأننا يجب أن نسير فى الطريق الى نهايته فى اباحة عقد الاستصناع .. فقد عرف الاستحسان العلماء ومنهم السمعاني اذ يقول (١٥) : ان كان هو القول بها يستحسنه

(١٣) البقرة / ١٧٢ .

(١٤) انظر من تواعد الحاجة فى الاشياء والنظائر للسيوطى .. القاعدة الرابعة ص ٧٧ :

مطبعة الطبى، ١٣٣٨ هـ نظرية الاباحة لسلام مذكور ص/٣٤٢ .

(١٥) ارشاد الفحول ص/٢٢٤ . ط أولى سنة ١٣٢٧ هـ م السعادة .

الناس ويشتهي من غير دليل فهو باطل .. ولا أحد يقول به .. وإن غسر الاستحسان : بالعدول عن دليل الى دليل أقوى منه .. فهو مما لا ينكره أحد عليه .

والاستصناع في وقتنا الحاضر بعد أن أصبح أمرا عاما يشمل الهيئات والمؤسسات والأفراد ، وأصبح عمل الشركات الصناعية على هذا العقد . . يل والحكومات كذلك فعقود الاستصناع أصبحت لا تخص صنع الخفاف ولا الطشوت ولا القلنسوة . . فقط . . بل أصبحت تستعمل في تجهيز مكان العرس واثاث المدرسة ومعدات الجيش . . . الخ . لذلك كان على الفقهاء أن يعالجوا هذا التعامل بتكييف عقده حتى يكون العقد السائر بين الناس ملائما للشرع ومتفقا معه . . وذلك بتعديل العقد ووضع شروط له . ولا أعتقد أن ما قاله فقهاء الحنفية من أنه عقد بيع شرطت فيه الصناعة الا تكييفها سليما يمكن على هديه أن تسير معاملة المتعاقدين به قضاء وديانة . . ايجابا وتقبولا نظاما وصناعة .

اذن . . لابد أن تحل طبقا لشروط هذا العقد التي وضحتها فقهاء الحنفية ما يحدث من منازعات وخلافات . . ولهذا أضع تصور فقهاء الحنفية لهذا العقد وعلى أى صورة كيفوه عندهم .

ان الأخذ بالعرف وهو : ما استقر في النفوس من جهة العقول السليمة وتلقته الطبائع السليمة بالقبول (٦٦) — عند الذين يعدونه دليلا مستقلا عن المصالح المرسله والاستحسان . . هو ترشيح للأخذ بمبدأى الضرورة والحاجة . . لأن تعامل الناس في مجموعهم لا يجنح اليه الا نحو ما تقضى حاجة الناس الى هذا الذى يتعاملون به مع ملاحظة أن يكون التعامل (٦٧) : غير معارض لنص من كتاب أو سنة ثابتة . . وأن يكون مطردا وغالبا أى أن تكون العادة كلية . . وأنه لا عبرة بعرف أو تعامل اذا كانا مخالفين لنص شرعى . . وأنه لا مبرة بالعرف الطارئ وأن لا يصرح المتعاقدان بما يخالف هذا العرف المحتكم اليه . فاذا صرحا بخلافه بما يوافق مقصود الشرع صح .

فالعرف يعم اذا لم يكن مخالفا لنص شرعى أو شرط لأحد العاقدين (٨٦) . .

(٦٦) رسالة العرف لابن عابدين مع مجموعة الرسائل ١١٤/٢ — طبعة سنة ١٣٢٥ هـ .
(٦٧) العرف رالعادة لأبى منة ص ٥٦ وما بعدها .
(٦٨) انظر المدخل للزيتاء ٨٧٣/٢ — ٨٨١ .

العرف والقياس :

العرف ليس مصدرا تشريعيا نستمد منه الأحكام .. لهذا لو تعارض العرف والقياس فما الذى يكون ؟

يرى بعض الفقهاء (٦٩) أن القياس يترك للعرف أن كان العرف عاما سواء أقره النبي صلى الله عليه وسلم أو عمل به من غير نكير من المجتهدين أو دعت اليه ضرورة الناس أو حاجاتهم .. لأن العرف حينئذ يكون أقوى حجة من القياس ورعايته هي رعاية لمصلحة لأنه أهارة الحاجة وهو من الاستحسان على اصطلاح الحنفية ..

فإنهم أطلقوه بمعنيين :

أحدهما : القياس الخفى في مقابلة القياس الجلى المتبادر وجهه الى الإنهاك .

ثانيهما : كل دليل يتناول القواعد العامة سواء كان نصا أو إجماعا أو ضرورة ومرادهم بالإجماع ما يشمل العمل الذى يرجع اليه بعض أنواع العرف بدليل تمثيلهم بالاستصناع .. كما أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الحاجة .. وهذا الإطلاق أعم من الأول وهو إطلاق شائع في الفروع .

✽ وبناء على ذلك .. فقد اضطرد العرف الآن وشاع بين جميع البلدان التعامل بالاستصناع خفاغا كان المستصنع أو قدورا أو طائرات أو دبابات أو أجهزة علمية فيكون هذا العقد صحيحا له أحكام عقد البيع العامة ، وأحكام عقد الاستصناع الخاصة التى ذكرناها سابقا ولاحقا في هذا البحث .. وذلك بناء على شيوع العرف وانتشاره وإن كان ذلك فيه مخالفة للقياس لأنه بيع ما ليس بهوجود .. فعقد الاستصناع عقد سليم من الوجهة الشرعية بالنسبة لما استجد فيه من أمور لم تكن متعارفة عند الفقهاء .. وعليه وبعد هذه الكلمة الموجزة انتقل الى بيان شرط التعامل فى الاستصناع .

أن يكون مما يجرى فيه التعامل : هذا الشرط أجمع عليه فقهاء الحنفية ويقوم عليه الاستصناع الجائز .. إذ أن الاستصناع كما بينا سابقا جائز استحسانا للتعامل الجارى عليه عند الناس منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .

(٦٩) العرف والمادة لآبى سنة ١٠١ .

قال الكاساني : في معرض الكلام عن شروط عقد الاستصناع (٧٠) :

أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف ، والسكاكين ، والقسي ، والنبل ، والسلاح كله والطشت ، والقمقم ونحو ذلك .

وجاء في فتح القدير (٧١) : ولأنه يجوز فيما فيه تعامل .. وفي موضع

آخر يقوم : ولا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجبا .

أما ابن عابدين (٧٢) : فقد عبر عن هذا بعد تأييده للبدايع بما أورد

من شروط فقال : بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح .

أما صاحب الدرر .. فما أورده متفق جميعه مع ما أسلفنا للنصوص

وغيره من الفقهاء جاؤوا بهذا ومثله (٧٣) .

من كل ما تقدم .. نرى أن فقهاء الحنفية مجمعون على أن التعامل

شرط أساسي في جواز الاستصناع .. لذا يعتبرون الاستصناع فاسدا

حال فقدانه لهذا الشرط ولو اجتمعت فيه الشروط الأخرى .. وهذا مما

يدلنا على أهميته .

ملا يجوز الاستصناع فيه :

جاء في فتح القدير (٧٤) « وفيما لاتعامل فيه رجعنا فيه الى القياس

كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخطط قميصا بغزل نفسه » ..

وعند الحنفية : أن هذا الاستصناع فاسد .. فيحمل على السلم أي أنه

يجوز سلما لاستصناعا .. جاء في الدرر (٧٥) شرح الغرر : في معرض

الكلام عن الاستصناع لم يصح أي الاستصناع غير المتعامل به في الثوب

(٧٠) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٧١) فتح القدير ٢٥٥/٥ ، ٢٥٦ .

(٧٢) حاشية ابن عابدين ٢٢٢/٥

(٧٣) الدرر شرح الغرر ١٩٨/٢

(٧٤) ٢٥٥/٥

(٧٥) ١٩٩٨/٢

الا بأجل فينتقل حكمه الى حكم السلم كما لو أمر حائكا أن ينسج له ثيابا بعزل من عنده بدراهم معلومة .

فما لا تعامل فيه يعتبر استصناعا فاسدا فيحمل على السلم الصحيح: فلا يجوز قياسا واستحسانا . . لأن القياس يأبى جواز الاستصناع المكتمل للشروط فكيف اذا غقدها ؟ ولا يجوز استحسانا لأن الحنفية جوزوه أن كان فيها فيه تعامل استحسانا لهذا التعامل من لدن الرسول صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا . . والتعامل هو الداعى للجواز ففقدان هذا التعامل يمنع الجواز .

استصناع الآلات والمعدات :

بقى أن نعرف أن مآذكره فقهاء الحنفية من بعض المواد الخام وبعض الآلات والحاجيات دون البعض انها هو من قبيل التمثيل غقط لا من قبيل الحصر . . وليس معنى هذا أن الأمور التى جدت أو تجد ويشيع التعامل بين الناس بها دون مصادمتها لنص شرعى يجوز التعاقد فى مثلها . . والا أصاب الناس جهد شديد وخرج بالغ ومشقة لاتحتمل . . وهذا ما تاباه الشريعة الاسلامية وعقد الاستصناع ترك القياس فيه عملا بالاستحسان تخفيفا على الناس ورحمة بهم فمبدأ جوازه وسببه يوجبان (٧٦) عدم قصره على ما أورده فقهاء الحنفية من مواد وآلات . . فما ذكره من الأوانى والخفاف والنعال ولجم الحديد وما شاكل ذلك يمكن أن يعتبر الاستصناع فيه جائز وفى غيره .

فهذا الذى تعومل به وغيره زادت عليه مجلة الأحكام العدلية أنواعا يجوز الاستصناع فيها لأنه متعامل به فى وقت الدولة العثمانية : كالبندقية والسفن الحربية والتجارية . .

ويبنى على هذا كله . . أنه يجوز أن يعتبر التعامل الحاصل الآن فى الثياب والذى عده أكثر فقهاء الحنفية مما لايجوز التعامل به . . أنه جائز الآن . . لأن التعامل به فى عصرنا كثير . . فما ذكره اذن فقهاء الحنفية من أنه : لايجوز الاستصناع فى الثياب (٧٧) انها هو منع لما كان معهودا فى

(٧٦) البدائع ٢٦٧٨/٦ ، فتح القدير ٣٥٤/٥ ، حاشية ابن عابدين ١٢٢/٥ ، المبسوط . ١٢٨/١٢

(٧٧) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

عصرهم من عدم التعامل به فقد علل المانعون لهذا التعاقد بقولهم (٧٨) :
لأن القياس يأبى جوازه ، وإنما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا
تعامل في الثياب .

فعلى هذا يجوز التعامل في كل مادة وفي كل آلة بشرط أن تنطبق عليه
أحكام هذا العقد مما ليس بمنوع شرعا وذلك لجواز التعاقد في الشريعة
الإسلامية مطلقا مما لم يرد فيه نص أو إجماع بالتحريم (٧٩) .

* الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل :

* تمهيد :

هذا الشرط يستدعى منا عدم الدخول في بيانه بصورة مباشرة . . اذ
لابد من ذكر لمحة تهيئية عن مفهوم الأجل ، ونوعى الأجل ودخول
الأجل في السلم عند الحنفية .

مفهوم الأجل : الأجل في اللغة (٨٠) مدة الشيء ويقال فعلت ذلك من
أجلك بفتح الهزة وكسرهما أى من جراك ، « استأجله فأجله » الى مدة ،
« الأجل » ، « الأجل » ضد العاجل والعاجلة .
فحضر الأجل معناه ضرب المدة . .

انواع الأجل : يتقسم الحنفية الأجل الى قسمين هما :-

* أولا : أجل للاستعجال : ويقصدون به ضرب المدة القصيرة التي
لا يقصد بها التأخير . . وإنما يقصد بها الفراغ من عمل الشيء بأقرب
فرصة يراها .

قال صاحب العناية (٨١) : وعند الكلام عن ضرب الأجل في القسم
الثانى الذى سيأتى فيما بعد : « أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن
قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد » فالغراغ منه غدا أو بعد غد . . دليل
على الاستعجال لا الإهمال .

(٧٨) نفس المصدر السابق .

(٧٩) راجع بحثنا في الباب التهيئى من خربة المكلف في انشاء المتود .

(٨٠) مختار الصحاح باب الهزة .

(٨١) العناية مع فتح التقدير ٣٥٦/٥

✽ **ثانيا : أجل للاستمهال :** وهذا الأجل هو المتصود به عند الكلام عن الأجل على إطلاقه .

قال صاحب العناية (٨٢) : وأما اذا ضرب الأجل فيما لاتعامل فيه .. فانه يصير سلما بالاتفاق ، والمراد بضرب الأجل مانكره على سبيل الاستمهال .. وبما أن السلم يقصد في مشروعيته التيسير على الأمة فجاز مع طول المدة التي قد تصل الى الستين ، كما في الحديث الشريف المشهور عن ابن عباس — رضى الله عنه — السالف الذكر .. فضرب الأجل في السلم ليس للاستعجال .. بل للاستمهال .. فعندئذ نرجع الى قول الحنفية في هذه النقطة فنجد الهندوانى من الحنفية يقول : (٨٢) أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال .. فلا يصير به سلما .. وان كان من قبل الصانع فهو سلم .. لانه يذكره على سبيل الاستمهال .. فقول الهندوانى « فهو سلم » : يقصد بذكره : الاستمهال وهو المدة الطويلة الموافقة لطول أجل السلم ولكى نفهم أجل السلم .. لابد من معرفة رأى الحنفية عن دخول الأجل في السلم :

دخول الأجل في السلم : أما دخول الأجل في السلم .. فتختلف فقهاء الحنفية في أدنى مدة الأجل في السلم الى مايلى (٨٤) : —

- ١ — قيل أدنى مدة هي شهر .. وهو رأى جمهور فقهاء الحنفية .
- ٢ — قيل أدنى مدة هي ثلاثة ايام : وبه قال أحمد بن أبى عمران البغدادى استاذ الطحاوى وآخرين .
- ٣ — قيل أدنى مدة هي نصف يوم فأكثر .. وبه قال أبو بكر الرازى .
- ٤ — وقيل ان تقديره يرجع الى العلقدين (٨٥) وهو كل ما يمكن نحصيل المسلم فيه (٨٦) .

الأدلة :

١ — استدل أصحاب الراى الأول المقاتل : بأن أقل مدة في السلم هي شهر

١ — بما روى عن محمد انه قدر بالشهر ثم قال تعليلا (٨٧) : ان الأجل انما

(٨٢) العناية مع فتح القدير ٢٥٦/٥ .

(٨٣) فتح القدير ٢٥٥/٥

(٨٤) نفس المصدر السابق ٢٣٦/٥

(٨٥) البدائع ٢١٧٥/٧

(٨٦) فتح القدير ٢٣٦/٥

(٨٧) البدائع ٢١٧٥/٧

شرط في السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم اليسه ليتمكن من الاكتساب في
المدة .. والشهر مدة معتبرة يمكن فيها الاكتساب فيتحقق معنى
الترفيه .. فأما مادونه ففي حد القلة .. فكان له حكم الطول . وفي هذا
المعنى ذكر في فتح القدير (٨٨) : من أن الشهر أدنى الأجل وأقصى العاجل .
ب - ما ذكره صاحب العناية فيمن حلف ليقضين دينه عاجلا غتضاه
قبل تهايم الشهر بر في يمينه .. فكان مادون الشهر في حكم العاجل ،
والشهر وما فوقه أجل .. وهذا موجود في باب الأيمان .

٢ - دليل الفريق الثاني القائل بأن أقل مدة هي ثلاثة أيام : استدل
الفريق الثاني بأنه لما كان خيار الشرط مدته ثلاثة أيام .. فيكون الأجل هو
كذلك (٨٩) كأقل مدة تعتبر أجلا .. فقيس (٩٠) هذا على خيار الشرط ..
لأن مدته هي أقل مدة مقدرة شرعا ..

مناقشة هذا الدليل :

ناقش هذا الدليل .. كل من صاحب البدائع وصاحب العناية فقالا :
أن هذا القياس غير سديد .. لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر .. والثلاثة
أكثر مدة على أصل أبي حنيفة .. فلا يستقيم القياس (٩١) .

٣ - دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هي نصف يوم فأكثر :
استدلوا (٩٢) : بأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما تأخر
قبضه عن المجلس . ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم .

٤ - دليل الفريق الرابع القائل بأن مدة الأجل يرجع فيها الى العرف
والعادة : استدلوا بثولهم (٩٣) .. أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى
عرف الناس في تأجيل مثله .. كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار
المعين من الزمان وفي الايضاح : فإن قدرا نصف يوم جاز .

(٨٩) فتح القدير ٢٣٦/٥

(٩٠) البدائع ٢١٧٥/٧

(٩١) فتح القدير ٢٣٦/٥ ، البدائع ٢١٧٥/٧

(٩٢) العناية مع فتح القدير ٢١٧٥/٥

(٩٣) نفس المصدر السابق .

✽ هذه لمحة عن الأجل في السلم لنصل على ضوءها الى معرفة متى يكون الأجل أجل سلم عند الحنفية ومتى لا يكون وذلك لازم لمعرفة ما يذكر من تأجيل تسليم المستصنع في بعض الحالات اهو أجل سلم عند الحنفية ام لا ؟ .

✽ رأينا :

مما سبق يظهر لى ان رأى الفريق الأول القائل بأن أقل مدة في السلم هى شهر وذلك لأن المدة المحددة بزمن معين هى مدة قاطعة لاي نزاع في الأجل سواء بالنسبة لتسليم المسلم فيه او بالنسبة لاي شئ آخر . وأن المدة المقررة بشهر هى مدة في غاية الاعتدال لاجفاف فيها على البائع او على المشتري . . ولما نشأ ادلة الآخرين وضعفها يتبين رجحان رأى الفريق الأول — والله اعلم — .

ما المراد بالأجل المذكور في الاستصناع :

يرى أبو حنيفة أنه لصحة هذا العقد خلوه عن الأجل . . فإذا ذكر الأجل في الاستصناع فميم يفسر ؟ هذا مانرى ضرورة بيانه هنا . . فنرى أن الحنفية يريدون بالأجل عند اطلاقه الأجل الذى ذكر سابقا في السلم . . والراجع عند الحنفية شهر فالشهر يعتبر أقل أجل السلم . . فعلى هذا اذا تكلم فقهاء الحنفية في الاستصناع عن ضرب الأجل كشرط فيه ام غير شرط . . فيراد به الشهر فما فوق .

جاء في العناية (٩٤) : والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال . . وقد شرحنا مسألة الاستمهال في الأجل سابقا . . فارجع اليها لتجد ان المقصود به أجل السلم . . والا فان كان أقل من ذلك فهو لا يقصد به الأجل على اطلاقه . . قال في العناية (٩٥) : أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على ان يفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما . . لأن ذكره للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم . . فمعنى هذا عندهم اليوم او اليومين ليست اجلا .

(٩٤) العناية مع فتح القدير ٢٥٦/٥ .

(٩٥) نفس المصدر السابق .

* ضرب الأجل في الاستصناع :

نرجع هنا الى شرطنا الثالث من شروط عقد الاستصناع الخاصة
الا وهو ضرب الأجل في الاستصناع .. فنقول :

لما دخول الأجل في الاستصناع عند وجود شرط التعامل فيه . فقد
اختلف فقهاء الحنفية فيه الى مايلي :

١ — فعند أبي حنيفة : يشترط الا يكون هناك أجل يضرب في الاستصناع .
وذلك لكي يستكمل عقد الاستصناع شروطه الصحيحة .. وعنده أن ضرب
الأجل صار سلماً .. فعندئذ تطبق عليه شروط السلم المعروفة كقبض
البذل في المجلس مثلاً .

* الأدلة : استدلل أبو حنيفة بالمعقول (١٦) على عدم ضرب الأجل في
الاستصناع فيمايلي : —

١ — أن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً .. فإذا مضى في
الاستصناع أجلاً أتى بمعنى السلم (١٧) .. ولو كانت الصيغة استصناعاً ..
فعنده يجوز أن ينمقذ البيع بلفظ التمليك ، وكذلك الاجارة والنكاح .

* قال السرخسي (١٨) : وعند الكلام عن ضرب الأجل : أن المعتبر
ماهو المقصود وبه يختلف العقد .. لاعتبار اللفظ ، الا ترى أنه لو قال
ملكك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعاً ولو قال بسكنى هذا الدار شهراً
كانت اجارة فعرفنا ان المعتبر ماهو المقصود .

٢ — أن التأجيل يختص بالديون لأنه وضع لتأخير المطالبة .. وتأخير
المطالبة (١٩) إنما يكون في عقد فيه مطالبة .. وليس ذلك الا السلم ..
اذ لا دين في الاستصناع .. ويؤيد هذا ماورد في المبسوط (١٠٠) أن
أبو حنيفة يقول : هذا مبيع دين ، والمبيع الدين لا يكون الا سلماً .. كما لو
ذكر لفظ السلم . وبيان ماذكرنا أن المستصنع فيه مبيع .. والأجل لا يثبت
الا في الديون . فلما ثبت فيه الأجل عرفنا أنه مبيع دين .

(١٦) البدائع ٢٦٧١/٦ .

(١٧) تحفة المتهام ٥٣٩/٢ .

(١٨) ، (١٩) ،

توجيه السرخسى لدليل أبى حنيفة السابق :

وقد وجه السرخسى الدليل الأول (١٠١) بأن الأجل إذا ضرب أنها يقصد به الإهمال وتأخير المطالبة .. وتأخير المطالبة لا تكون إلا في عقد لازم .. وال لزوم في السلم لافي الاستصناع . ونحن عرفنا أن الاستصناع جائز غير لازم .. فإذا ذكر كان ذكره دليلا على إرادة السلم فيعتقد لذلك سلفا .

٣ — يخاطب أخيرا أبو حنيفة المخالفين : عن شيء اتفقوا جميعا عليه في الاستصناع وهو خيار الامتناع عن العمل .. الذى هو مشروع للصانع قبل العمل . فيقول أبو حنيفة عن هذا (١٠٢) : ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق .. فلو اشترط الأجل للزم الصانع عدم الامتناع عن العمل قبل العمل لوجود الأجل المضروب بينهما فعدم وجود الأجل يحق للصانع خيار الامتناع عن العمل ويسوغ له ذلك بكل سهولة .

* توجيه السرخسى للدليل :

قال السرخسى (١٠٢) أن الأجل مؤخر للمطالبة ويكون ذلك بعد لزوم العقد وال لزوم في السلم دون الاستصناع .. فثبوت الأجل فيه دليل على أنه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه .. ولهذا لو جاء به مفروغا لامن صنعته يجبر على القبول .. وبهذا تبين قساد قولهم : أنه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه .

* توضيح رأى أبى حنيفة السابق :

ولتوضيح رأى أبى حنيفة ننقل ما جاء في العناية (١٠٤) حيث ورد فيها : ولأبى حنيفة أنه دين يحتل السلم وتقريره : لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع ، فإن ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال ، وإذا كان محتملا للأمرين كان حمله على السلم أولى ، لأن .. جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه ، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة .. « يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بأية المدائنة والسنة دون الاستصناع .. فكان الحمل على السلم أولى .

(١٠١) ، (٠٢) المبسوط للسرخسى ١٤٠/١٢ .

(١٠٢) البدائع ٢٦٧١/٦ .

(١٠٤) العناية مع فتح القدير ٣٥٧/٥ .

* خلاصة رأى أبى حنيفة :

وخلاصة رأى أبى حنيفة : أن عدم ضرب الأجل شرط عنده لصحة عقد الاستصناع والا إذا كان الأجل المقصود به ليس التأجيل .. بل الاستعجال .. فضربه لا يضر العقد .. وقد بيناه مفصلا سابقا .. فعلى هذا لو ضربت مدة اقل من الشهر فلا يعتبر أجلا فيكون استصناعا على حاله .. وان ترك أمر المدة بدون ذكر أصلا فهو استصناع مع وجوب توافر الشروط الأخرى .

٢ - رأى الصاحبين في اشتراط الأجل :

اختلف الصاحبان « أبو يوسف ومحمد » مع أبى حنيفة في موضوع ضرب الأجل في الاستصناع .. فعندهما ضرب الأجل في الاستصناع وعدم ضربه سواء .. بمعنى أن الاستصناع صحيح شريطة أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس .

* فإن لم يكن متعاملا به بين الناس فهو سلم عند الجميع (١٠٥) .. وفيما يلي نصوص كتب المذهب في هذا الموضوع (١٠٦) :

* قال أبو يوسف ، ومحمد : ضرب الأجل في الاستصناع ليس بشرط وهو استصناع على كل حال .. ضرب فيه أجلا لم يضرب .. ولو ضرب للاستصناع فيها لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها أجلا ينقلب سلما في قولهم جميعا .

جاء في المبسوط عند الكلام عن ضرب الأجل (١٠٧) : وهو عند أبى يوسف ومحمد استصناع أن ضرب لذلك أجلا .. وكانت تلك الصناعة معروفة ، فهو استصناع على حاله .

الأدلة :

استدل الصاحبان بالأدلة التالية : —

(١٠٥) ، (١٠٦) البدائع ٢٦٣١/٦ ، الهداية مع فتح التدبير ٢٥٦/٥ ، تحفة الفقهاء ٤١/٢ هـ
الفتاوى الغيانية ص ١٥١ ، الدرر الحكام شرح الفهر ١٩٧/٢
■ (١٠٧) ١٢١/١٢

أولاً : العادة والعرف الجاريان في الاستصناع .. فعندهما (١٠٨) أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع .. والاستصناع إنما جاز للتعامل .. ومن التعامل بين الناس رأى صاحبان أن الاستصناع قد تعورف فيه على ضرب الأجل .. فلا يتحول إلى السلم بوجود الأجل .

ثانياً : أن الاستصناع إذا أريد : فإنه يحمل على حقيقته (١٠٩) .. فإن تلفظ بالعقد على أن المتعاقدان يتعاقدان على الاستصناع فيحافظ على مقتضاه .. وإذا كان كذلك فالأجل يحمل على الاستعجال .. لا الاستمهال .. وبهذا استطاع صاحبان أن يخلصا من الوقوع في الخلاف مع أبي حنيفة في هذا الدليل

✽ تأييد رأى أبي حنيفة :

قال بعض الفقهاء (١١٠) أننا لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فإن ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال .. وإذا كان محتملاً للأمرين كان حمله على السلم أولى . لأن جواز السلم بالاجماع بلا شبهة فيه .. وفي تعاملهم في الاستصناع نوع شبهة « أى في فعل الصحابة للتعامل في الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بآية المداينة (١١١) والسنة (١١٢) .. دون الاستصناع .

ثالثاً : وما استدلل به صاحبان على رأيهما القائل : أن ضرب الأجل في الاستصناع لا يحوله إلى سلم .. أنه قد يقصد بضرب الأجل (١٠٣) . تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل .

(١٠٨) البدائع ٢٦٧٩/٦ .

(١٠٩) الدرر الحكام شرح غرر الأحكام ١٩٨/٢ ، ابن عابدين في الحاشية ٢٢٢/٥

(١١٠) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ ، ٣٥٧ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٤/٥

(١١١) يقصد بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) الآية .

(١١٢) يقصد به : ما روى عن ابن عباس في الحديث المشهور عن السلف وغيره .

(١١٣) البدائع ٢٦٧٩/٦ وما بعدها .

وإذا كان ضرب الأجل محتملا لهذين الأمرين وحمله على أحدهما دون الآخر لا بد من مرجح فسقط اعتبار أن الأجل أجل سلم غلا يخرج ضرب الأجل العقد عن موضوعه (وهو الاستصناع) مع الشك والاحتمال بخلاف مآلو كان العقد في شيء لا يحتمل الاستصناع . لأن مآلا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل .

فتعين أن يكون ضرب الأجل بتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم غلا يقاس الاستصناع في شيء يحتمل الاستصناع على مآليصح فيه الاستصناع في أن ضرب الأجل يحوله الى سلم مثله . وذلك للفارق المذكور .

توجيه لرأى الصاحبين :

قال السرخسي (١١٤) : لو كان الاستصناع بذكر الأجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الأجل منه استصناعا ولو كان هذا (الاستصناع) سلما لكان سلما فاسدا لأنه يشترط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم .

مناقشة : جاء في المبسوط أيضا مناقشة لهذا الدليل مفادها (١١٥) : أن ما قال به الصاحبان من أن السلم بحذف الأجل لا يصير استصناعا . . يشكل بالمتعة فإنه لا يصير نكاحا بحذف المدة عنه . . وهذا قياس على المتعة أريد به تفنيد رأى الصاحبين وزاد عليه السرخسي بقوله (١١٦) : ثم النكاح مذكر المدة فيه يصير متعة . . وكأنه يقول فإن الاستصناع بذكر الأجل يصير سلما عند أبي حنيفة كما في النكاح عندما تذكر المدة فيه يصير متعة ومثل له السرخسي بمن تزوج امرأة شهرا (١١٧) . . والشهر غمما فوق عند الحنفية يعتبر أجلا . . فعلى هذا جىء بالمثّل على نفس واقع الأمر فكانت هذه المناقشة جديرة بالاهتمام .

رأينا :

ظهر من خلال النظر في رأى أبى حنيفة والصاحبين أن رأى الصاحبين

(١١٤) المبسوط ١٣٩/١٢ .

(١١٥) نفس المصدر السابق .

(١١٦) نفس المصدر السابق ١٤٠/١٢ .

(١١٧) نفس المصدر السابق .

هو الراجح عندي لقوة أدلتها أولا ولأن التاجيل اذا دخل العقد لا يحوله الى الالتزام فانه لا يضر فيكون بعيدا عن السلم من هذه الوجهة .

راى آخر :

هناك راى آخر حول ضرب الأجل فى الاستصناع فقد نقل لنا راى الهندوانى (١١٨) . . اذ يقول : ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما (١١٩) .

ملخص مسائل التعامل والأجل السابقة الذكر :

يحسن بنا اتبنا للبحث فى هذا الموضوع الهام فى نظرى ، والذي ان كنا قد أصبنا فيه وجه الحقيقة بتوفيق من الله . . ان نذكر تلخيصا لشرح المجلة العدلية (١٢٠) اسجله فيما يلى :

١ — اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى جرى التعامل باستصناعها . . فالعقد عقد استصناع بالاجماع .

٢ — اذا كانت المدة المبينة اقل من شهر اى لم تبلغ المدة التى يصح بها السلم والأشياء مما جرى التعامل به على الاستصناع فهو كذلك عقد استصناع بالاجماع .

٣ — اذا كانت المدة المبينة فى الأشياء التى تستصنع عادة شهرا او أكثر من شهر فهو عقد استصناع عند الصاحبين . وعقد سلم عند أبى حنيفة .

٤ — اذا كانت المدة لأقل من شهر اى للأجل الذى يصح به السلم ، والأشياء مما لم تستصنع عادة فهو سلم بالاجماع .

٥ — اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى لم يجر التعامل بها على وجه الاستصناع فظاهر المجلة أنه عقد استصناع . والحق أنه عقد فاسد كما صرح به الكتب الفقهية .

(١١٨) نفس المصدر السابق .

(١١٩) أورده داود الخطيب فى الفتاوى الفيائية ص ١٥١ نقلا عن الفقيه أبى جعفر هذا الراى وقال : وهذا كله على قول أبى حنيفة . انظر المبسوط ١٢٠/١٢ -

(١٢٠) دررر الحكام شرح مجلة الاحكام ٣٥٨/١ .

✽ تنبيه :

هناك شرطان وضعتهما المجلة العدلية (١٢١) للاستصناع هـ :

الأول : أن تكون المادة من الصانع ..

الثاني : أن يكون العمل من الصانع ..

✽ فهذان الشرطان يذكران عند فقهاء الحنفية ضمن الكلام عن صورة الاستصناع (١٢٢) ، ولعدم وجود تفصيل لهذين الشرطين أردت التنويه عليهما ليكونا محل نظر إذ أن هذين الأمرين هما : النقطة التي يفترق بها الاستصناع عن الاجارة على الصنع والبيع المطلق .



(١٢١) ن.م.

(١٢٢) انظر فتح القدير ٢٥٤/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .

* المبحث الثالث :

* شروط الاستصناع في النظام الوضعي :

تمهيد :

لما كان الاستصناع يدخل ضمن المقاولة في النظام الوضعي فسأتكلم عن شروط المقاولة الخاصة بها في هذا المبحث .

عند كلامنا عن مقومات عقد المقاولة سابقا قلنا بأن أركانها ثلاث :

* التراضي . * المحل . * السبب .

وهنا سنعطى فكرة موجزة عن شروط هذه الأركان . وقلنا بأن السبب محل البحث فيه ليس :

١ - **شروط التراضي** : أن شروط التراضي في عقد المقاولة على نوعين (١٢٣) :
أولا : شروط الانعقاد في التراضي ثانيا : شروط الصحة في التراضي .
واليك بيان هذين الشرطين موجزا .

أولا : شروط الانعقاد في التراضي : وتكون على الوجه التالي :

توافق الإيجاب والقبول فغيب لانعقاد المقاولة أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها فيتم التراضي بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذي يؤديه المقاول لرب العمل والاجر الذي يتقاضاه .

* **التصميم والمقايضة ودفتر الشروط** : ويكون عقد المقاولة مصحوبا بالتصميم الذي يجري على مقتضاه العمل ، المقايضة : وهي بيان للأعمال والمواد المستعملة والاجرة الخ . ودفتر الشروط : أي شروط المقاولة بالتفصيل .

ثانيا : شروط الصحة في التراضي : وتكون على الوجه التالي :

الاهلية والسلامة من عيوب الإرادة : فغيب في المقاولة ما يجب في كل عقد من توافر الاهلية ايجابية وسلامة التراضي من عيوب الإرادة فان

(١٢٣) الوسيط ٢٧/٧ .

كان التراضي صادرا من ناقص الأهلية أو كان معيبا بعيب من عيوب الإرادة كانت المفاوضة قابلة للإبطال .

٢ - شروط المحل :

المحل في عقد المفاوضة مزدوج ويمكن القول من أنه على نوعين « الأجر ، العمل » . لذا .. يجب بيان مايلي :-

أولا : الشروط الواجب توافرها في العمل : وهي طبقا للقواعد العامة تكون على الوجه الآتي :-

١ - أن يكون العمل ممكنا .

٢ - أن يكون العمل معينا . أو قابلا للتعين .

٣ - أن يكون العمل مشروعاً .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الأجر : وهي طبقا للقواعد العامة أيضا تكون على الوجه الآتي :-

جاء في مصادر الحق (١٢٤) .. أن الإيجاب والقبول يفرضان بدهاء وجود المحل وأما السبب فأنه يمكن القول بخصوصه بأن الفقه الاسلامي يعرف في بعض مذاهبه نظرية السبب .

ثم ان شرائط الانعقاد العامة في العقد موافقة القبول للإيجاب ، واتحاد المجلس .. وفي العاقد : العقل والتعدد ، وفي المعقود عليه : أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين وصالحا للتعامل .

غالأركان والشرائط في الفقهين واحدة مع اختلاف يفسر في التعبير .



(١٢٤) مصادر الحق للشهري ٢٦٢/٤ ، ٢٦٢ .

الباب الخامس عقد الاستصناع بين الزوم وعدمه

* * *

الفصل الأول : مكانة عقد الاستصناع من العقود المسماة .

الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه .
عند أصحاب الاتجاه الأول ، ومنزلة الاستصناع منها .

الفصل الثالث : المراحل التى يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة
من جهة الزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول .

الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته .

الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع .

الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه فى النظام الوضعى

* الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة :

تمهيد : عقد الاستصناع من العقود المسماة التي اعتبرها فقهاء الحنفية من أنواع البيع ولكنها تختلف عنه .. غالبية عندهم عقد لازم ، أما الاستصناع فلم يكن هكذا عقدا لازما على إطلاقه ، أو على الأقل لم يسلم من اختلاف فقهاء الحنفية أنفسهم حوله وما قيل بأنه عقد غير لازم (١) مطلقا غير صحيح .. لذا سنتكلم في هذا البحث في صفته هل هو لازم أم لا؟ وقبل الخوض في هذا البحث يحسن الكلام عما يلي :-

١ - مفهوم اللزوم في اللغة وفي الاصطلاح .

٢ - موقف القانون الوضعي من اللزوم والالتزام .

* واليك بيان هذين الأمرين :-

١ - مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح :

١ - اللزوم في اللغة : جاء في المصباح المنير (٢) : لزم الشيء لزوما ثبت ودام . ويتعدى بالهمزة فيقال لزمته : أي أثبتته وأدبته .. ولزمه المال : وجب عليه . ولزمه الطلاق : وجب حكمه وهو قطع الزوجية .. ولزمته المال والعمل وغيره فالتزمه .

ب - اللزوم في اصطلاح الفقهاء : عرفنا بأن اللزوم مادته لزم ، ويتعدى بالهمزة فيكون الزاما .. إلا أن الفقهاء يفرقون بين الالتزام الذي هو بمعنى الثبوت والوجوب والالتزام : الذي هو بمعنى إرادة شغل الذمة بشيء اختيارا وفق إرادته ..

ويظهر هذا عند تعرض الفقهاء لتعريف الذمة والفرقة بينها وبين الأهلية . غنى الأشباه والنظائر (٣) : أن الذمة أمر شرعي مقدر في المحل يقبل الالتزام والالتزام .

(١) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٢) المصباح المنير : لأحمد المعزى الفيومي ٢١٥/٢ .

(٣) حاشية الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢١١/٢ سنة الطبع ١٢٩٠ هـ .

وفي قواعد الأحكام لابن عبد السلام(٤) : أن الذم هي تقدير الانسان يصلح للالتزام والالزام من غير تحقق له .
وفي كشف القناع (٥) : الذمة وصف يصير المكلف اهلا للالتزام والالتزام .

وفي الفروق للقرافي (٦) : العبارة الكاشفة عن الذمة انها معنى شرعى مقدر فى المكلف ، قابل للالتزام واللزم . . وهذا المعنى جعله الشرع سببا على اشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشيد . . فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب المشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل الزامه ارش الجنائيات ، وأجر الاجارات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات . . ويقبل التزاه اذا التزم اشياء اختيارا من قبل نفسه لزمه .

✽ خلاصة ما تقدم :

اللزوم امر يقرره المشرع اذا توفرت شروط معينة فى التصرف وهو بذلك يختلف عن الالتزام : فهذا الآخر يقرره الشخص باختياره ابتداء واثره المباشر شغل ذمته بأمر (٧) .

٢ — موقف القانون الوضعى من اللزوم والالتزام :

الالزام فى النظام الوضعى : هو (٨) التعبير الذى يجمع سائر مايلزم الشارع به الانسان ويندرج تحت ذلك ما ينشأ عن النظام والعمل المشروع ، والعمل غير المشروع من الزامات . . وليس الضمان الاصوره من صور الالزام .

أما تعبير الالتزام : فهو التعبير الذى يجمع ما يوجب الشخص على نفسه باختياره من الأمور الجائزة نظاما . . فمن يشتري يلتزم بالغناء بثمنه وهذا امر يتم بارادته . . لكن من يصدىم شخصا بعريقته يلتزم بتعويضه كما يدعى الفقه الغربى وانما هو « يلزم » بالتعويض . . لأن الالتزام ينشأ بالارادة ، والالتزام ينشأ جبرا عن الارادة من السلطة الحاكمة .

(٤) قواعد الاحكام لابن عبد السلام ١٠٦/٢

(٥) كشف القناع للبهوتى ١١٧/٢ . سنة الطبع ١٣٥٩ هـ

(٦) الفروق للقرافى ١٨٢/٢ فرق (ص ٢٢١)

(٧) نظرية الالتزام للمطاز ص ١٨

(٨) نفس المصدر السابق .

* الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه :

تمهيد :

قبل الدخول فى معرفة ما اذا كان الاستصناع عقدا لازما أو غير لازم لابد من بيان أقسام العقود فى الشريعة الإسلامية من حيث اللزوم وعدمه .
* أقسام العقود : تقسم العقود الى أربعة أقسام بالنسبة الى اللزوم وعدمه : وهى :

١ — العقود اللازمة بحق الطرفين والتي لا تقبل الفسخ بطريق الإقالة . .

ومثال ذلك : عقد الزواج . . فإنه لا يرتفع بالتقابل أى « أنه لا يقبل الإلغاء الاتفاقى ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة كالنطق بالخلع وما الى ذلك .

٢ — العقود اللازمة بحق الطرفين . . والتي تقبل الفسخ والإلغاء بطريق الإقالة أى « باتفاق المتعاقدين كالبيع والصلح » .

٣ — العقود اللازمة بحق أحد الطرفين فقط : كالرهن والكفالة . . فإنهما لازمان بالنسبة الى الراهن والكفيل . . وغير لازمة بالنسبة الى الدائن المرتهن والمكفول له . . لأنهما لمصلحة الشخصية توثيقا لحقه . . فله حق التخلّى عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة .

٤ — عقود غير لازمة : قام الزرقا (١) بدراسة أنواع هذه العقود فقال عنها مجملا . بأن عدم اللزوم ولو فى بعض الأحوال صفة ثابتة لها . وهى تسعة عقود نقسمها الى ثلاثة أنواع بحسب كون عدم اللزوم فيها مطلقا أو مقيدا . . وكونه أصيلا أو استثنائيا وهذه الأنواع هى :

* **النوع الأول :** عقود غير لازمة فى حق كلا الطرفين وهى ثلاثة : الإعارة ، والشركة ، والمضاربة .

فالمضاربة مثلا يحق فيها الفسخ والتصفية لكل من الشريكين الحق فى ذلك متى شاء على أن يعلم الشريك الآخر . . فلا يسرى حكم الفسخ الا من تاريخ علمه .

(١) المدخل للتعلم للزرقا ٤٤٨/١

✳ **النوع الثاني :** عتود الأصل فيها عدم اللزوم .. ولكنها تلزم في بعض الأحوال وجملة عتود هذا النوع أربعة : « الوكالة ، التحكيم ، الوصية ، الهبة » ..

ويقال عن التحكيم : هو أن يحتكم طرفان مختصمان الى شخص يختارانه برضاها ليعود حاكما بينهما في دعواهما بدلا من القاضي فكل واحد من الطرفين له أن يفسخ عقد التحكيم، ويعزل المحكم قبل أن يحكم .. أما بعد صدور الحكم منه فلا .. بل يصبح التحكيم لازما .

✳ **النوع الثالث :** عتود الأصل فيها اللزوم ولكن في طبيعتها شيئا من عدم اللزوم في ظروف محدودة .. وهذا النوع عكس النوع الثاني ، وجملة عقود اثنان : هـ : الاجارة ، والمزارعة (٢) ..

والمزارعة نوع شركة على استثمار الأرض بالزرع .. تكون فيها الأرض من طرف والعمل من طرف آخر .. فيجوز للطرف الذي عليه تقديم البذر أن يعدل عن المزارعة ويفسخ عقدها .. ولكن ذلك قبل القاء البذر في الأرض .. أما بعد القاء البذر في الأرض .. فإن المزارعة تصبح لازمة حتى في حق صاحب البذر (٢) .

موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع :

أما عقد الاستصناع فقد وضعه الزرقا (٤) في مكان مستقل عن العقود غير اللازمة .. فقال عنه : وهناك عقد عاشر نفرد به بالذكر في هذه المناسبة كان يعتبر في أصل المذهب الحنفى غير لازم ، فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازما (٥) .

فالاستصناع وهو « شراء ما سيصنع بطريق التوصية » يجوز فيه لكل من الطرفين فسخه في أصل المذهب بلا خلاف مادام الشيء لم يصنع .. أما بعد صنعه واحضاره فيكون للمستصنع حق في الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الراى الراجح .

(٢) المحلل للزرقا ١/٥٢ .

(٣) نفس المصدر السابق ١ ص ٤٥٥

(٤) نفس المصدر السابق ١/٥٦ وما بعدها .

(٥) يتعد بذلك ما جاء في لائحة الأسباب الموجبة .. من مقدمة المجلة المعدية .. انظر المجلة المعدية في مقدمتها الهاميونية . ويتعد أيضا ان العمل في سوريا كان قائما على اعتبار عقد الاستصناع عقدا لازما .

الا ان المجلة . . في المادة / ٣٩٢ أخذت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده . . الا اذا جاء المصنوع مفايرا للأوصاف المعينة في العقد وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار غوات الوصف المشروط لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع .

بعد هذا البيان لمعنى اللزوم والالتزام واقسام العقود بالنسبة الى اللزوم وعدمه . . ارى ولكى نرجع عقد الاستصناع الى احد هذين النوعين . . ان نلقى نظرة على المراحل التى يمر بها عقد الاستصناع ومن خلالها نقرأ ماكتبه فقهاء الحنفية عن موقفهم من لزوم هذا العقد أو عدم لزومه فى كل مرحلة من مراحل . . وهل هو عقد لازم فى كل مراحل أم اللزوم فى مرحلة دون أخرى . . ومن ثم وللصلة القوية بين هذا الموضوع . . وموضوع الآثار المترتبة على عقد الاستصناع . . سنتكلم عن مدى آثار عقد الاستصناع .

* * *

*** الفصل الثالث : المراحل التى يمر بها الاستصناع ، وحكم كل مرحلة منها من جهة اللزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول :**

تمهيد :

يمر الاستصناع بمراحل ثلاث تقريبا حتى يكتمل وسى مايلى :

اولا : مرحلة ما قبل الصنع .

ثانيا : مرحلة ما بعد الصنع وقبل الرؤية للمصنوع من المستصنع .

ثالثا : مرحلة ما بعد الصنع وبعد الرؤية للمصنوع .

ولكل تفصيل فيها سنورده فى المباحث التالية :

*** المبحث الاول : مرحلة ما قبل الصنع :**

ان هذه المرحلة تكون بعد التعاقد . . ولما كان الاستصناع غير جائز قياسا لذا . . فالحنفية يرون أنه عقد جائز غير لازم لكلا الطرفين . . فعندهم يحق للطرفين عدم المضى فى العقد .

راى المجلة فى هذه المرحلة : جاء فى المجلة العدلية (١) . . ان الاستصناع لازم لكلا الطرفين بعد انعقاد العقد وقد نسبوا هذا الراى لأبى يوسف . . ولكنى لم أعثر على هذا الراى لأبى يوسف فيما لدى من مراجع . .

جاء فى التحفة (٢) : لكل واحد منهما الخيار فى الامتناع قبل العمل . وجاء فى البدائع ايضا (٢) فى معرض الكلام عن **صفة الاستصناع :** اما صفة الاستصناع فهى أنه عقد غير لازم قبل العمل فى الجانبين جميعا بلا خلاف . **سبب كونه غير لازم :** بعد أن عرفنا أنه غير لازم بالنسبة للطرفين فى المرحلة الاولى لابد من معرفة اسباب عدم اللزوم فى هذه المرحلة :

قال فقهاء الحنفية : ان القياس يأبى الاستصناع ، ومادام كذلك فان فى الزام الطرفين بذلك يعنى أن يكون هناك دليل قوى يثبت اللزوم هذا ،

(١) المادة / ٣١٢

(٢) ٥٣٩/٢

(٣) ٢٦٧٩/٦ ومابعدها .

ويترتب عليه آثار عديدة .. لكن الاستصناع جاء على خلاف القياس ..
فيجب أن يراعى فيه ما هو موجود .. لهذا قلنا بعدم اللزوم مراعاة لما
يقتضى به القياس من عدم جوازه .

جاء في البدائع (٤) — وعند الكلام عن سبب عدم اللزوم قبل الصنع :
أن القياس يقتضى أن لا يجوز .. وإنما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل
الناس بقى اللزوم على أصل القياس .

ثم قاس الكاسانى مسألة عدم اللزوم واقتات الخيار للصانع .. بأنه
يحق للطرفين الامتناع قبل العمل عن العمل على البيع المشروط فيه الخيار
للمتبايعين فقال (٥) : حتى كان لكل واحد منها خيار الامتناع قبل العمل ..
كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين .. وأن لكل واحد منهما الفسخ .

أما الموسوعة الفقهية (٦) فعللت ذلك بقولها : لأن الزام الصانع بالمضى
ضرر له من ناحية أنه اتلاف لماله في عمل المطلوب وقد لا يرضى المستصنع
فكان له أن يفسخ ولا يمسى .. وأما المستصنع فلأنه قد اشترى ما لم يره ..
فكان له الخيار في الفسخ قبل الرؤية .

رأى آخر : هناك رأى يرى أن اللزوم ثابت في الاستصناع في هذه
المرحلة فهي مع باقى المراحل في اللزوم : جاء في المادة (٣٩٢) من المجلة
العدلية قولها : إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدین الرجوع عنه ..
وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً .

فجعل اللزوم يبدأ منذ التعاقد وحتى نهايته . مع غارق واحد وهو
أن يكون اللزوم منتفياً حين الإخلال بالمواصفات ، وعدم اللزوم هذا خاص
بالمستصنع فيحق له الفسخ لهذا السبب .. فالصانع على رأى المجلة (٧) ..
مجبر على العمل للشئ المطلوب صنعه ولا يحق له الرجوع عن ذلك .

ودليلهم (٨) : أن الاستصناع بيع والبيع عقد لازم لا يرد عليه الخيار ..
والصانع يعتبر بائعاً ، والبائع لا خيار له .

(١) ٢٦٧٩/٦ وما بعدها .

(٥) نفس المصدر السابق .

(٦) ١٢/٧

(٧) درر الحکام لعلي حيدر . شرح المادة / ٣٩٢

(٨) نفس المصدر السابق .

أما المستصنع .. فعند المجلة ملزم بالقبول إذا كان موافقا للأوصاف
التي بينها الصانع منذ بدء التعاقد ..
وحجتهم في ذلك .. أنه لو جعل له الخيار للحق البائع أضرار ولأنه قد
لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع .

المبحث الثاني: مرحله ما بعد الصنع وعدم رؤيه المستصنع للمصنوع

وهذه المرحلة تعتبر مرحلة وسط اذ تم الصنع للمادة المطلوبة بها . لكن
المستصنع لم يراها بعد .. فهل العقد لازم بحسب الطرفين ؟ أم بحسب
أحدهما ؟ أم غير ذلك ؟ .

قال صاحب التحفة عند الكلام عن هذه المرحلة (٩) : بعد الفراغ من
العمل فللصانع وللمستصنع الخيار .. وقد أشار صاحب التحفة الى
قضية واضحة الظهور عند فقهاء الحنفية وهي أن الطرفين لم يلزما
بالمعقد .. لأنه قد أعطى للصانع الحق في أن يصنعها ويبيعها الى من
يريدها .. فهذا الحق يفقد فيما لو أصبح العقد لازما . وكذلك يحق للصانع
أن يأتي بالمطلوب من صانع آخر أو من مصنع أو محل آخر اذا كانت
على الأوصاف المطلوبة .. وهذا يعني أن المصنوع لم يكن معينا .. إنما
وقع على مبيع في الذمة .. كما يقول محمد صاحب أبي حنيفة في تعليل عدم
اللزوم عنده .

قال صاحب التحفة (١٠) ، وفتح القدير (١١) : حتى أن الصانع لو باعه
قبل أن يراه المستصنع جاز لأنه ليس بعقد لازم .. وأيد هذا الكاساني
بقوله (١٢) : وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذاك حتى
كان للصانع أن يبيعه من يشاء .. كذا ذكر في الأصل .

أما علته عند الكاساني فهي : لأن العقد ما وقع على عين المعبول ..
بل على مثله في الذمة .. لأنه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز .

(٩) ٥٢٩/٢ .

(١٠) تحفة المفتاء ٣٠٥/٢ .

(١١) فتح القدير ٣٥٧/٥ .

(١٢) انظر البدائع ٢٦٧٩/٦ .

المبحث الثالث: مرحلة ما بعد الصنع ورؤية المستصنع لها.

هذه المرحلة هي آخر مرحلة يصل اليها المتعاقدان في الاستصناع .. وهى التى يتم فيها صنع المستصنع ويراه المستصنع غاما أن يكون وفق المواصفات واما أن يكون مخالفا لها .. والكلام فى هذه المرحلة نو شقين :

* الأول : عند عدم مطابقة المصنوع للشروط والمواصفات المطلوبة .

* الثانى : عند المطابقة للشروط والمواصفات المطلوبة .

* وفيما يلى التفصيل :

الأول : عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه :

إذا قدم الصانع المستصنع فيه ورآه المستصنع .. لكن وجده غير مطابق لما تعاقد عليه مع الصانع فالمستصنع غير ملزم بالاستلام ولايدفع الثمن ان لم يكن قد دفع مسبقا .. لأن مدار العقد هو دفع الحاجة .. والحاجة للمواصفات المطلوبة بالمصنوع هى المهمة .. فان عدمت الحاجة .. ونحن نعرف أن هذا انما يكون على وفق مااتفقا عليه فيمكن أن يتراجع المستصنع مثلا عن بعض المواصفات الناقصة او يدفع الصانع بعض الثمن عن المخالفة .. او ينقص من الثمن .. وهذه الاحتمالات هى غير محل بحثنا .. لأنها واردة ، ويمكن أن يعبلها المتعاقدان بشرط عدم مخالفة الشرع فى أى منها .

لهذا .. جاءت المادة (٣٩٢) من المجلة العنلية بما نصه : « اذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة .. كان المستصنع مخيرا . . وقيل فى هذه المادة بأنه(١٣) اذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة .. وكان النقص الموجود فيه من قبيل العيب ، فللمستصنع خيار العيب .. وان كان من قبيل الوصف ، فله خيار الوصف .. ان شاء قبله ، وان شاء رده ، ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده .

وسأوضح فيها بعد — ان شاء الله — مبدا خيار الرؤية والمدة المطلوبة فيه ومتى يسقط وينقضى الوقت أتكلم عن خيار العيب .

الثانى : أما الشق الثانى الذى اشرنا للقسم الاول منه فهو أن يسلم الصانع المستصنع غيه مطابقا للأوصاف المطلوبة ويراه المستصنع .. وفى هذا اختلف فقهاء الحنفية فى كون العقد ملزما أم غير ملزم على التفصيل
التالى :-

١ - بالنسبة للصانع :

الزم جمهور فقهاء الحنفية الصانع بالتسليم بعد العمل وهو الاصح عندهم وقيل أن هذا هو جواب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وأبى يوسف .

* جاء فى فتح القدير (١٤) : أما بعد ما رآه « المستصنع » .. فالاصح أنه لا خيار للصانع .. بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لأنه بالآخرة بائع ..

* وفى البدائع (١٥) : أما اذا احضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع .. وعلل الكاسانى سقوط الخيار عن الصانع ولزوم العقد بحقة : بأن الصانع بائع مالم يره .. فلا خيار له .

* أما صاحب العناية : فقد علله بقوله (١٦) : ومن هو كذلك لا خيار له بناء على جعله بيعا لعدة .. فالصانع بالاحضار اسقط خيار نفسه .. والدليل فى ذلك .. القياس ، فقد شبه عقد الاستصناع بعقد البيع المطلق الذى شرط فيه الخيار للعاقدين بجامع أن كليهما ثبت فيهما الخيار فالبيع الذى شرط فيه الخيار للمتعاقدين عند الحنفية اذا اسقط أحدهما خياره لا يسقط عن الثانى ويكون لازما .. بل يبقى خيار الثانى حتى يسقطه بنفسه .. لهذا قال الكاسانى أن الاستصناع « كالبيع » الذى فيه شرط الخيار للمتعاقدين اذا اسقط أحدهما خياره يبقى خيار الآخر (١٧) ..

ونسب الكاسانى هذا القول الى أنه جواب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وأبى يوسف

(١٤) ٢٥٧/٥

(١٥) ٢٦٧١/٦

(١٦) العناية مع فتح القدير ٢٥٧/٥

(١٧) البدائع ٢٦٧١/٦

رواية أخرى عن أبى حنيفة :

أوردت كتب الفقه الحنفى رواية أخرى عن أبى حنيفة فى هذه المسألة تقول هذه الرواية ان الصانع فى عقد الاستصناع له الخيار كالمستصنع .. ووجه هذه الرواية على أن التخيير لهما فيه دفع الضرر عنهما وهو واجب .
جاء فى البدائع (١٨) : ولأبى حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار « أى الصانع والمستصنع » .. ووجه رواية أبى حنيفة : أن فى تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وأنه واجب .

وجاء فى فتاوى الفياثية (١٩) : قال الخطيب : أن الروايات مختلفه فى لزومه وعدمه .. والمختار ما روى أبو يوسف عن أبى حنيفة : أنه ليس يلزم من الجانبين حتى لا يجبر الصانع على العمل .. ولا المستصنع على قبوله اذا أتى به الصانع .. بل يخير كل واحد منهما ..

وفى العناية (٢٠) : وعن أبى حنيفة : أن له الخيار أيضا « للصانع » ان شاء فعل ، وان شاء ترك دفعا للضرر عنه .. لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط .

* الرواية الثانية عن أبى يوسف :

فى هذه المسألة أيضا جاءت رواية ثانية لأبى يوسف **مفادها** : أن كلا من الطرفين « الصانع والمستصنع » ملزم بالعقد ولأخير له . وقد وجهت هذه الرواية على أن الصانع قد أفسد متاعه ، وجاء بالمطلوب فلو لم يلزم المستصنع لأصاب الصانع ضرر .

جاء فى البدائع (٢١) : روى عن أبى يوسف : أنه لا خيار للصانع والمستصنع جميعا « أى أنه يلزمهما العقد » .

وجه رواية أبى يوسف : قال الكاسانى (٢٢) : أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة . فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم

(١٨) نفس المصدر السابق .

(١٩) الفتاوى الفياثية ص ١٥١ .

(٢٠) العناية مع فتح التدبير ٣٥٥/٥ .

(٢١) البدائع ٢٦٨٠/٦ وما بعدها .

(٢٢) نفس المصدر السابق .

يعمل .. فقال المستصنع : لا أريد ! لأننا لا ندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا ؟ . فلم يكن الامتناع منه اضرار بصاحبه فثبت الخيار ..
أما صاحب العناية : فقد زاد على ذلك توضيحا لرأى أبى يوسف السابق فقال (٢٣) : أن في اثبات الخيار للمستصنع اضرار للصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله .

* الرأى المختار عند الكاسانى :

أيد الكاسانى ما جاء في جواب ظاهر الرواية القائل بأن العقد لازم بحق الصانع فقط .. وعلل هذا الترجيح بأن الاستصناع انما شرع لدفع حاجة المستصنع فعند عدم الزام الصانع لاتندفع هذه الحاجة .

جاء في البدائع (٢٤) : الصحيح جواب ظاهر الرواية لأن في اثبات الخيار للصانع (أى عدم الزامه) . ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لأنه متى ثبت الخيار للصانع .. فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع .. فلا تندفع حاجة المستصنع .

* مناقشة الكاسانى لرأى أبى يوسف فى الرواية الثانية :

ناقش الكاسانى رأى أبى يوسف القائل : بأن عقد الاستصناع عقد لازم لكلا الطرفين .. لأن الصانع يتضرر بإثبات الخيار للمستصنع أى عدم الزامه بالعقد .

قال الكاسانى (٢٥) : أن هذا الكلام مسلم .. لكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع .. لأن المصنوع لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله .. ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك .. ولأن المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع .. وهو اندفاع حاجة المستصنع .. فلابد من اثبات الخيار للمستصنع .

(٢٣) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٧/٦ وما بعدها .

(٢٥) البدائع ٢٦٨٠/٦ .

٢ - بالنسبة للمستصنع :

أما المستصنع فنريد هنا بيان حكم التعامل الذى يقوم به بعد ان رأى المستصنع فيه وفق المواصفات المطلوبة .. فهل العقد لازم بحقه ام لا ؟

اختلف فقهاء الحنفية فى هذه المسألة بين فريقين :

✽ **الأول :** يرى أن المستصنع ملزم بالقبول اذا رآه وفق المواصفات المطلوبة .

✽ **الثانى :** يرى أن المستصنع غير ملزم وله الخيار .. ولو كان وفق المواصفات المطلوبة .. ولكل رايه وحجته .. **واليك التفصيل :**

الأول : ذكر صاحب التحفة (٢٦) هذه المرحلة شارحا موقف المستصنع منها بقوله : فيما اذا رآه المستصنع .. فلا خيار له .. وذلك لانه بيع فى الذمة بمنزلة السلم ... ونسب صاحب التحفة هذا الرأى لأبى يوسف .
✽ **وجاء فى الهداية (٢٧) فى معرض الكلام عن المستصنع :** وعن أبى يوسف أنه لاخيار لهما .

أما ابن الهمام : فقد قال (٢٨) : وأما المستصنع فلأن الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله .. غلو ثبت له الخيار تضرر الصانع . لان غيره لايشترطه بمثله . الا ترى ان الواقع اذا استصنع مثبرا ولم يأخذه ... فالعامي لايشترطه اصلا .. فان قبل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا .

وقد يرد اعتراض على هذا مثلما أورده ابن الهمام : وهو جواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول .. وهذا راجع لجهل الصانع .. أجاب ابن الهمام على مثل مآلو اعتراض بمثل هذا الاعتراض بقوله (٢٩) : أن الجهل لا يصلح عذرا فى دار الاسلام فيقال : أن خيار المستصنع . اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا . ولم يجب على كل واحد من المسلمين فى دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين .. وانما الجهل ليس بعذر بدار الاسلام فى الفرائض التى لا بد لاقامة الدين فيها الا فى حيازة جميع المجتهدين وفيه نظر .. لأن غير الأب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت .. غان لها خيار البلوغ ، فان سكنت لجهلها بان لها الخيار ..

(٢٦) ٥٣٨/٢ .

(٢٧) الهداية مع فتح القدير ٢٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٨) فتح القدير ٣٥٥/٥ . وما بعدها .

(٢٩) فتح القدير ٣٥٥/٥ .

بطل خيارها .. فان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر في الفرائض التي لابد
لاتامة الدين فيها .

قال السرخسي في مبسوطه (٢٠) : اذا جاء الصانع بالمستصنع غيه
كما وصفه المستصنع فلا خيار للمستصنع استحسانا .. رواية عن ابي
يوسف .

علة هذا : علل الكاساني هذا بقوله : وذلك لدفع الضرر عن الصانع
في اغساد ابيه وآلاته فربما لا يرغب غيره في شرائه .. على تلك الصفة .
فلدفع الضرر عنه قلنا بأنه لا يثبت له الخيار .. وقرق في ظاهر الرواية بين
هذا والسلم .

وأضاف قائلا بأنه : لا غائدة في اثبات الخيار في السلم لأن المسلم غيه
دين في الذمة .. واذا رد المقبوض عاد ديننا كما كان .. وهنا اثبات
الخيار مقيد لأنه مبيع عين ، فبرده يفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ..
ويوضح الفرق بين اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور غيه المعاينة ..
فقام ذكر الوصف في المسلم غيه مقام الرؤية في بيع العين .. وأما اعلام
العين : فتمامه بالرؤية ، والمستصنع غيه بيع عين .. فلهذا يثبت غيه
خيار الرؤية ..

✽ **الثاني :** يرى الفريق الثاني القائل أن المستصنع غير ملزم وله
الخيار ولو كان موافقا للمواصفات المطلوبة :

جاء في التحفة (٢١) : اذا رآه المستصنع غله الخيار ان شاء أجاز وان
شاء نسخ عند أبي حنيفة ومحمد .. وعلل ذلك بقوله : وهما يقولان أنه
بمنزلة العين المبيع الغائب (٢٢) .

جاء في الفتاوى السعودية (٢٣) : أن للمستصنع الخيار اذا رأى
المصنوع لأنه اشترى مالم يره .

أما في فتح القدير : وعند كلام صاحب البداية عن المستصنع اذا رأى
المستصنع غيه فقد قال : وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه . وان شاء
تركه .. وذلك كما يقول صاحب الهداية لأنه اشترى مالم يره (٢٤) .

(٢٠) ١٣٦/١٢ .

(٢١) تحفة الفقهاء ٥٣٩/٢ .

(٢٢) جاء في تحفة الفقهاء في الحاشية : وفي رواية : العين المبيع للغائب وهو الاصح

(٢٣) ٥٧/٢ .

(٢٤) ٢٥٦/٥ .

* الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته :

هناك رأى أورده صاحب الدر المختار وعقب عليه ابن عابدين بأنه نفس رأى صاحب مختصر الوقاية من الكتب الحنفية . . مفاده : أن الصانع يجبر على الصنع أن تعاقد مع المستصنع على ذلك ويكون العقد بحقه لازماً . . وكذلك المستصنع بنفس الحالة .

جاء في حاشية ابن عابدين (١) نقلاً عن صاحب الدر المختار :

يجبر الصانع على عمله . . ولا يرجع عنه الأمر « المستصنع » .

وجه هذا القول : أن هذا الاستصناع بيع لا عده ، ولو كان عده لما

لزم (٢) . ولما كان عقد البيع عقداً لازماً عند الحنفية فما يشبهه يكون لازماً مثله . . وهو هنا الاستصناع .

اعتراض : واعترض ابن عابدين على هذا الرأى مقال (٣) : قوله :

فيجبر الصانع على عمله . . تبع في ذلك الدرر ومختصر الوقاية . . وهو مخالف لما ذكرنا آنفاً عن عدة كتب « ويقصد بها البدائع ، فتح القدير بما فيه من كتب كالبداية والهداية والعناية » . . من أنه لا يجبر فيه . . أى « أن عقد الاستصناع لا إلزام فيه للصانع ولا للمستصنع . واستشهد ابن عابدين على مخالفة الرأى القائل : بأن هذا العقد غير لازم . . بما ورد في أمهات كتب الفقه الحنفى كالبداية فقد ورد قولهم (٤) : أما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين وأن لكل واحد منهما الفسخ . . لأن القياس يقتضى أن لا يجوز الاستصناع لما عرفنا أن جوازه تم بالاستحسان بتعامل الناس بقيت اللزوم على أصل القياس .

(١) ٢٢٤/٥

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) نفس المصدر السابق .

(٤) البدائع ٢٦٧٩/٦

ونقلا عن التتار خاتمة : لايجبر المستصنع على اعطاء الدراهم ..
وان شرط تعجيله هذا اذا لم يضرب له أجلا .. فان ضرب .. قال
أبو حنيفة يصير سلما .. ولا يبقى استصناعا حتى يشترط فيه شرائط
السلم .

* * *

* رأينا :

والذى يظهر لى مما تقدم .. ان العقد يصير لازما اذا ماأتى الصانع
بما صنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. وهو رأى لابی يوسف فى روايته
الثانية القائل بها : أن لكل من الطرفين الحق فى الزام صاحبه .. أو بعبارة
أخرى أن العقد لازم بحقهما .. ولاخيار لهما لعدة أسباب : منها أن الصانع
جاء بالمطلوب وكونه جاء بالمطلوب صنعه قد أوفى بسد حاجة المستصنع ..
فاذا ماأعطينا المستصنع الخيار ولو كان الشئ وفق المطلوب ففيه توسيع
دائرة الضرر .. حيث أن الصناعات تطورت الآن ، وتحتاج الى تعاون
الصانع مع المستصنع فى سد الحاجات .. فاذا علم الصانع بأن المستصنع
يتحلل من العقد ولو رآه وفق المواصفات .. فهذا يؤدى الى عدم التعاون
فى سد الحاجات تلك .. وكذلك المستصنع ان لم يجد الصانع ملزم
بالتسليم سيتضرر لسد حاجته .. وهذا غرر .. وقد نهى النبى صلى الله
عليه وسلم عن الغرر .

أما الرأى القائل بأن العقد لازم منذ بدايته وحتى نهايته فهو رأى
مرجوح أما رأى أبى يوسف فهو رأى وسط بين رأى أبى حنيفة ، ورأى
من قال أنه لازم منذ بدايته وحتى نهايته — والله أعلم .

* * *

الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع :

عقد الاستصناع بوصفه الحالى أصبح عقدا شائعا ذائع الاستعمال يتشابه في كثير من الأطراف بين مؤسسات ودول ومصانع وأفراد .. فهو عقد يحكم الآن في القرن العشرين الكثير من المعاملات .. ولهذا كانت آثاره واسعة ومتعددة .. والكلام عن هذه الآثار بتوسع يحتاج الى كثير من البحث والاستقصاء .. لكنى مع جهدى المتواضع أحاول غيما يلي أن الخصى هذه الآثار غاقول :

ان الآثار التى تترتب على عقد الاستصناع هى على نوعين :

النوع الأول : بالنسبة للصانع :

فبالنسبة للصانع ثبوت ملك الصانع فى الثمن .. حيث أن الصانع بعد التعاقد على صنع المطلوب يكون ثمن المستصنع فيه جق له .. قبل المستصنع .. لكنه لا يدخل فى ملكه الا بعد قبضه .. ولا يستحق المطالبة به بمعنى أن لا يطالب المستصنع به الا بعد تسليم المستصنع فيه ونسق المواصفات ، ورضى المستصنع به .

النوع الثانى : بالنسبة للمستصنع :

أما بالنسبة للمستصنع .. فثبوت الملك له فى المبيع فى ذمة الصانع ان توافرت فى المستصنع فيه كافة المواصفات المطلوبة .. وراه المستصنع ورضى به .. وملكه ملك غير لازم غيما ملك عند الجمهور .. ولازم عند البعض الآخر .

قال الكاسانى (١) : أما حكم الاستصناع : فهو ثبوت الملك للمستصنع فى العين المبعة فى الذمة .. وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غير لازم .

* * *

(١) انظر البدائع ٢٦٧٩/٦

* الفصل السادس :

* لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه في النظام الوضعي :

سبق وأن ذكرنا أن النظام الوضعي جعل الاستصناع إحدى مصادق عليه عقد مسمى عندهم يسمى المقاولة .. فهذا العقد يشمل الاستصناع كما يشمل الإجارة على الصنائع .. وبهذا الإدماج أدخلوا عقد الاستصناع في عقد المقاولة .. وعقد المقاولة في النظام الوضعي عقد لازم .. فكل من غالا استصناع في النظام الوضعي يكون عقدا لازما بحق الطرفين .. فكل من رب العمل والمقاول يلتزم بشيء نظمه له القانون إلا أن هذا الالتزام لم يكن على إطلاقه ، فقد جوز المدنى المصرى لرب العمل التحلل من العقد في حالات لايجوز فيها للمقاول أن يتحلل .. وكذلك لم يعط للمقاول مثلهما أعطى رب العمل هذا الحق أو مثله .

ويكون بهذا قد اتفق مع رأى أبى يوسف في الرواية الثانية عنه : بأن لا خيار لأحدهما عندما يصنع الصانع المطلوب وفق المواصفات المطلوبة؛ وأجيز للمستصنع « رب العمل » في المدنى المصرى فسخ العقد ان كان مغايرا للأوصاف المطلوبة .

والمدنى المصرى يؤيد ما جاء في أقوال بعض الفقهاء عن المستصنع بأنه يجوز له الفسخ دون الصانع .. فأعطاه هذا الحق الذى لم يعطه للصانع وقد فصلنا هذا الرأى سابقا في هذا الباب .. والمدنى المصرى لم يفرق بين حالة ما قبل الصنع أو بعد الصنع لكونه لم يعرف مثل هذا التفريق . ولم يخطر ببال واضعيه كما هو واضح مما اطلعنا عليه من مراجع ومؤلفات لشراح هذا العقد .

وقد تكلم أيضا دافيد (١) في رسالته عن التزامات الصانع والمستصنع الشيء الكثير كما تكلم المدنى المصرى (٢) عن هذا الموضوع ، والسنهورى في الوسيط (٣) ما ليس له مكان في بحثنا هنا .

(١) رسالة الاستصناع ص ٥٩ — ١٥٢

(٢) المواد التالية في المدنى المصرى فارجع اليها : م/٦٤٧ ف/٢ ، م/٦٤٨

(٣) الوسيط للسنهورى ٦٤/٧ — ١٤٣

الباب السادس أمور تتعلق بعقد الاستصناع

ويتكون هذا الباب من تسعة فصول :

* * *

الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول .

الفصل الثاني : خيار العيب ، عند أصحاب الاتجاه الأول .

الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعي .

الفصل الرابع : النتائج بين طرفي عقد الاستصناع .

الفصل الخامس : الظروف الطارئة .

الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع .

الفصل السابع : رأي المعاصرين في عقد الاستصناع .

الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع .

الفصل التاسع : ما ينتهي به عقد الاستصناع :

أ- من جهة الصانع .

ب- من جهة المستصنع .

الفصل الاول : خيار الرؤية عند اصحاب الاتجاه الاول

تمهيد :

خيار الرؤية نوع من انواع الخيارات التى تكلم عنها الفقهاء ، واصل العمل به عند فقهاء الحنفية مارواه مكحول برفعوا الى النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه . ان شاء اخذه وان شاء تركه » (١) . .

ويثبت خيار الرؤية شرعا لاشترط كخيار العيب . . والعقود التى يثبت فيها خيار الرؤية هي (٢) : (عقد البيع ، الاجارة ، الصلح عن دموى المال ، القسمة ونحو ذلك) ومجمل الكلام فى هذا انه يثبت فى كل ماينسخ العقد فيه برده ، وما لا غلا (٣) .

* المبحث الاول : شروط ثبوت خيار الرؤية :

شروط ثبوت خيار الرؤية هي مايلى (٤) :

١ — ان يكون المبيع مما يتعين بالتعيين (٥) . . فان كان مما لايتعين بالتعيين لايثبت فيه الخيار حتى انها لو تباعا عينا يعين لثبت الخيار لكل واحد منهما اما لو تباعا ديناً بدين لما ثبت الخيار لواحد منهما . . .

٢ — ان تكون العين التى بيعت لم يرها المشتري (٦) عند البيع . . . فان اشتراه وهو يراه ، فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد وانبرامه ، والخيار يثبت شرعا بالنص ، والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري .

(١) روى مرسلا ومسندا . فالسند أخرجه الدارقطنى فى البيوع ، انظر نصب الرواية

فى تخريج احاديث الهداية ٩/٤

(٢) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها

(٣) فلا يثبت فى المهر ويدل الخلع والصلح عن دم العمد . انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها .

(٤) نفس المصدر السابق ، انظر شرح فتح القدير ١٤١/٥

(٥) وما لايتعين بالتعيين لايمك بالعمد . وانما يملك بالتبض فلا يرد عليه الفسخ .

(٦) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها ، وانظر شرح فتح القدير ١٤١/٥

✽ المبحث الثاني : وقت ثبوت خيار الرؤية :

أما بيان وقت ثبوت خيار الرؤية فهو وقت الرؤية للشئ المباع بالذات (٧) .. لا قبلها .. غلو أجاز المشتري البيع قبل رؤيته للمبيع ورضى به صريحا ، فقال أجزت أو رضيت ، أو مايجرى هذا المجرى ثم رآه فله أن يرده للحديث المذكور اعلاه .

أما الفسخ قبل الرؤية .. فقال بعض الفقهاء : لايجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ .

وقال البعض الآخر : يجوز له فسخ العقد وهو الصحيح .. لأن العقد بالنسبة لمن له خيار الرؤية عقد غير لازم ومعنى عدم اللزوم هو جواز التحلل من العقد دون توقف على رضا الطرف المقابل وهو البائع .

✽ المبحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية :

عند قيام خيار الرؤية .. يكون العقد (٨) غير لازم بالنسبة للمشتري .. لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه .

ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار .. ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج الى التدارك .. فيثبت الخيار لامكان التدارك عند الندم .

أما البائع لما لم يره .. فهل يلزم العقد بحقه ؟ هناك روايتان عند أبي حنيفة :

الأولى : أنه كان يقول : لا يلزم ويثبت له الخيار .

وجه الرواية : أن المعانى التى من أجلها يثبت هذا الخيار في شراء المشتري لما لم يره هذه المعانى أيضا موجودة في بيع مالم يره البائع .. فحورود الشارع بالخيار في شراء مالم يره .. يكون ورود دلالة في بيع الانسان مالم يره .

الثانية : أما الرواية الثانية فهي أن لا خيار للبائع ويلزم العقد بحقه .

(٧) انظر البدائع ٢٣٦٦/٧ ومابعدها ، انظر شرح فتح القدير ١٤١/٥
(٨) نفس المصدر السابق ٢٣٦٠/٧ ومابعدها ، وفتح القدير ١٣٧/٥ - ١٤٠

وجه الرواية الثانية : ووجه ذلك ما روى (١) أن عثمان بن عفان -رضى الله عنه - باع أرضا له من طلحة بن عبيد الله - رضى الله عنه - ولم يكونا رايها غقبيل لعثمان - رضى الله عنه - غبنت فقال : لى الخيار لأنى بعت مالم اره . . وقيل لطلحة مثل ذلك فقال : لى الخيار لأنى اشتريت مالم اره . فحكما فى ذلك جبير بن مطعم - رضى الله عنه - فقضى بالخيار لطلحة - رضى الله عنه - .

وكان ذلك بمحض من الصحابة - رضى الله عنهم - ولم ينكر عليه احد منهم فكان اجماعا منهم على ذلك . . ولأن المشتري مالم يره مشتر على أنه خير مما ظن فيكون بمنزلة مشتر شيئا على أنه جيد فاذا هو ردى . . وبططبيق ماسبق على عقد الاستصناع . . يكون الخيار للمستصنع . . لان الصانع بائع لشيء رآه او لم يره ، وفى كلتا الحالتين لا يثبت الخيار له .

* المبحث الرابع : مسقطات خيار الرؤية :

ان مسقطات خيار الرؤية عند فقهاء الحنفية على نوعين (١٠) :

- ١ - اختيارى .
- ٢ - ضرورى .

أما الاختيارى : فنوعان : هما :

الأول : التصريح بالرضا والاختيار ممن له خيار الرؤية فى المبيع . . او ما يقوم مقام التصريح . . سواء علم البائع أم لم يعلم . . لان الأصل فى البيع المطلق اللزوم ، والامتناع عن اللزوم لخلل فى الرضا . . فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم البيع .

الثانى : الدلالة على الرضا : وهو أن يوجد من المشتري تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا . . نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية . . لأن القبض بعد الرؤية دليل على الرضا بلزوم البيع . . كأن

(٩) انظر فتح التدبير ١٤٠/هـ ، وانظر الرواية التى فى السنن الكبرى للبيهقى ٢٦٨/هـ التى جاء فيها : أن عثمان - رضى الله عنه - ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضا بالمدينة . نائلة بأرض له بالكوفة . فلما تبأينا ندم عثمان ثم قال : يايمتك مالم اره . فقال طلحة : انها النظر لى انها ابتعت مخيبا ، واما انت فقد رأيت ما ابتعت . فجملا بينهما حكما ، فحكما جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز ، وأن النظر لطلحة انه ابتاع مخيبا . انظر القور للخرير ص ٤٠٢ .

(١٠) انظر البدائع ٣٣٦٩/٧ . والمهداية ١٤٢/هـ

يعرض السلعة مثلا للبيع فقد رضى بها . . أو يخرج بعضه عن ملكه فعندئذ يسقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه كله .

أما الضروري للخيار نوعان :

الأول : هو كل مايسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعة نحو :
موت المشتري ، اجازة أحد الشريكين فيها اشترياه ولم يرياه دون صاحبه
عند أبى حنيفة .

الثاني : يكون بأحد أمرين :

- أ - هلاك بعض المبيع في يد المشتري . . أو انتقاصه بالعيب بآفة
سماوية أو بفعل أجنبي ، أو بفعل البائع عند أبى حنيفة ومحمد .
- ب - الزيادة الحاصلة في يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة
« متولدة ، أو غير متولدة » على تفصيل محله كتب الفروع
في ذلك .

* * *

❖ الفصل الثاني : خيار العيب عند اصحاب الاتجاه الأول :

❖ البحث الأول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية (١) :

خيار العيب شرع بناء على ما روى أبو هريرة (رضى الله عنه) أن رسول الله (ص) قال (٢) : « من ابتاع شاة مصراة فهو غيبها بالخيار ثلاثة أيام . ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ، ورد معها صاعا من تمر » . .

وجه الدلالة : وجه الدلالة من الحديث أن الأمرين اللذين ذكرهما الرسول صلى الله عليه وسلم هما : نظر الإمساك والرد أما ذكر الثلاث في الحديث فهو ليس للتوقيت ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بمؤقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد . . لأن المشتري ان كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة . . فمضى به فبمسكه أو لا يرضى به فمردده ، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذى حلبه المشتري ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة .

❖ البحث الثاني : وقت ثبوت خيار العيب :

أما متى يثبت خيار العيب فهو يثبت (٣) : بالشرط دلالة . اذ أن سلامة المبيع من العيب شرط ضمنى في العقد . . ولما كانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالمشروط نصا .

فإذا غابت المساواة كان له الخيار ، كما اذا اشترى جارية على أنها بكر ، أو على أنها طبائخة فلم يجدها كذلك .

وخيار العيب يثبت في العقود التى تحتل الفسخ كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن مال العمد .

❖ البحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب :

شروط ثبوت خيار العيب هى مايلي :

أولا : أن يكون العيب مؤثرا في قيمة المبيع (٤) : فكل ما يوجب نقصان

(١) انظر البدائع ٢٣١٧/٧

(٢) رواه مسلم : انظر مختصر مسلم رقم الحديث /٦٢٨ وهناك رواية أخرى بالبدائع

١٣١٧/٧ . وروى أحمد في مسنده (من اشترى شاة محفلة مصراة فهو بخير النظرين)؛

انظر مسند أحمد ٢٣١٧/٢

(٣) انظر البدائع ٢٣١٧/٧

(٤) انظر البدائع ٢٣١٩/٧

الثنى في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا. فهو عيب يوجب الخيار .. وما لا فلا .. كالهشم في الأواني .. كان في السابق يعد مؤثرا في قيمة المبيع .. فقد يكون في وقت من الأوقات غير مؤثر فلا يعد نقصانا .. وقد اسهب الفقهاء في ذكر ما يعد مؤثرا وما لا يعد .. يرجع إليها في كتب الفروع.

ثانيا : أن يكون العيب قديما (٥) : يشترط ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت . لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة .. وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري .. وهذا يعنى أن العيب قديم .. لأنه إذا كان بعد التسليم مثلا يكون حديثا .. فلا يلزم البائع بالرد عندئذ .. وقد عدد الفقهاء حالات كثيرة هي من كلا النوعين القديم والحديث للتفريق بينها ليس محلها هنا .

ثالثا : أن يكون العيب غير معلوم للمشتري : ويشترط عدم علم المشتري بوجود العيب عند العقد (٦) .. فان علم به فلا خيار له .. فالجهل من قبل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض يكون شرطا في ثبوت العيب . لأن الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة .. وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض . لأن تمام الصفة متعلق بالقبض .. فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

رابعا : الا يكون البائع قد اشترط البراءة عن العيب : اشترط الحنفية لخيار العيب عدم اشتراط البائع البراءة عن العيب في البيع (٧) لأن شرط البراءة عن العيب في البيع عندهم صحيح فهو بمثابة الإبراء من المشتري للبائع من العيوب التي قد توجد في المبيع .. فإذا أبراه فقد أسقط حق نفسه فصح الاسقاط فيسقط خيار العيب ضرورة .

❖ المبحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب :

أما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته .. فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري :

فان كان في يد البائع قبل القبض : يفسخ البيع بقول المشتري : رددت .. ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى التراضى بالإجماع ..
وان كان في يد المشتري : لا يفسخ الا بقضاء ، أو بالتراضى عند الحنفية ، وإذا رد المبيع انفسخ العقد .

(٥) نفس المصدر السابق ٢٢٢٢/٧

(٦) نفس المصدر السابق ٢٢٢٤/٧

(٧) نفس المصدر السابق ٣٢٢٤/٧

* المبحث الخامس : مسقطات خيار العيب :

مسقطات خيار العيب عديدة نجملها فيما يلي (٨) :

١ — **هلاك الموقوف عليه قبل القبض** : يسقط خيار العيب لهلاك المبيع قبل قبضه لضرورة فوات المحل « أى المبيع الذى يكون به عيب » .

٢٢ — **الرضا من المشتري بالعيب** : يرى الحنفية أنه يسقط خيار العيب بعد العلم بالعيب .

٣ — **نقصان المبيع** : اذا تعذر رد المبيع لنقصان وجده في المبيع يسقط خيار العيب . . لأن البائع هو السبب . . سواء كان النقصان في المبيع قبل القبض أو بعده . وسواء كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري ، أو بفعل البائع ، أو بفعل المبيع ، أو بفعل اجنبى . . وكل منها لها حكم تفصيلها في كتب الفروع .

٤ — **الزيادة في المبيع** : والزيادة في المبيع اما أن تكون منفصلة متولدة من البيع بعد القبض أو بعده . . أو كانت الزيادة متصلة في المبيع بعد القبض أو بعده فهذه تمنع الرد بالعيب .

* **واما المنفصلة المتولدة من الأصل فلا تمنع الرد . . وعلى أى حال** فتفصيلها كتب الفروع .

٥ — **استقاط الخيار صراحة** : يسقط خيار العيب بالتصريح باستقاط الخيار أو بما فيه معنى التصريح نحو أن يقول المشتري استقطت الخيار ، أو اطلت ، أو ألزمت البيع ، أو أوجبته ومايجرى هذا المجرى . . لأن خيار العيب حقه ، والانسان له أن ينزل عنه .

٦ — **تصرف المشتري في المبيع** : ويسقط خيار العيب بتصرف المشتري في المبيع بأن يخرج مالا عن ملكه حتى قبل علمه بالعيب لتعذر رد المبيع الى البائع كأن يبيعه أو يهبه .

(٨) انظر البدائع ٢٣٢٥/٧ ومابعدها .

* الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعي :

عالج النظام الوضعي عيوب الارادة فجعل العقود التي شابها غلط ، أو تدليس أو اكراه ، أو استغلال .. عقودا قابلة للإبطال لمصلحة العاقد الذي عاب ارادته غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال .. وهذه مرتبة وسطى في العقود .. فالعقود في نظر النظام الوضعي .. اما صحيحة أو باطلة أو قابلة للإبطال .

قال السنهوري (١) : ان الصناعة في الفقه الاسلامي قد وصلت الى درجة كبيرة من الرقى في الخيارات : ومنها خيار الرؤية والعيب .
* **المبحث الأول : خيار الرؤية :** وهذا الخيار لا يمنع من الانعقاد في حق الحكم .. ولكنه يمنع تمام الحكم بعد القبض .. فالصفقة اذن لم تتم .. فيستطيع من له الاختيار نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة الى تراض أو تقاض .

ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لامن حق العبد .. فلا يجوز اسقاطه قصدا بصريح الاسقاط .. وانما يسقط ضمنا باجازه العقد .. ولا ينتقل خيار الرؤية بالمراث لانه متصل بالمشيئة لا بالعين .. فاذا مات من له الخيار .. لزم العقد ..

* **المبحث الثاني : خيار العيب :** وهذا الخيار لا يمنع تمام الحكم كما يمنعه خيار الرؤية لكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض .. فالصفقة اذن لم تتم قبل القبض .. وتتم بعد القبض فيستطيع من له الخيار قبل القبض نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة الى تراض أو تقاض .

اما بعد القبض وقد تمت الصفقة فلا يستطيع من له الخيار الا فسخ العقد .. ولا بد للفسخ من التراضى أو التقاضى .. ولما كان خيار العيب من حق العبد لامن حق الشارع فانه يجوز اسقاطه مقصودا بصريح الاسقاط ..

وينتقل خيار العيب بالمراث لانه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة. **ولعل الفقه الغربى في هذه المسائل (٢) لم يصل الى هذا الحد من الدقة والاحكام ويعرف الفقه الغربى الشرط الواقف، والشرط الفاسخ .. ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى .**
اما الفقه الاسلامى : فيعرف هذه المرتبة الوسطى .. فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب .. وليس لهذا التدرج نظير في الفقه الغربى .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامى ٢٨١/٢ - ٢٨٥

(٢) مصادر الحق ٢٨١/٢ - ٢٨٥

الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع :

تحصل المنازعات في عقود المعاوضات بين طرفي أى عقد فيها في غالب الأحوال ومنها الاستصناع . فلو حصل نزاع واختلف المتعاقدان « الصانع والمستصنع » وادعى كل واحد منهما شيئاً على صاحبه . . فهل يسرى على هذا النزاع ما يسرى في أنواع المعاملات في أصول التقاضى بين المتنازعين ؟

هذا ما أردنا بيانه هنا فنقول : أن الاستصناع يسرى على النزاع فيه بشأن العوض والمعوض عنه وتنفيذ الشروط والالتزامات وبديل الثمن . . . الخ . الخاصة به ما يسرى على كل عقود المعاوضات المالية من أصول المحاكمات والمرافعات . . وهناك أمور نص عليها فقهاء الحنفية خاصة بهذا العقد نجعلها فيما يلي :

لايمين على الطرفين : جاء في الفتاوى الهندية (١) : أن زعم الأمر « المستصنع » أنه لم يفعل كما شرط وادعى الصانع خلافه . . قالوا : لايمين فيه لأحدهما على الآخر .

وان ادعى الصانع على رجل أمره بعمل فأنكر الأمر « المستصنع » لايطف أيضاً (٢) .

النزاع في عدم ضبط المواصفات المطلوبة : إذا استصنع الرجل عند الرجل خفين ظمما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا امرتك . . وقال الاسكاف بهذا امرتنى : يكون مايلي (٣) :

- ١ — فالقول قول المستصنع لأن الاذن يستفاد من جهة المستصنع . .
- ٢ — ولا يمين على المستصنع لأن توجه اليمين ينبئ على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا . . فان للمستصنع أن يأبى .

(١) الفتاوى الهندية ٨/٥

(٢) المعروف أن الاصل عند أبى حنيفة وأبى يوسف : أن قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهالك . ولما كان بالاستصناع يتم هلاك المادة الخام بتحويلها أثناء الصنع فيكون شرط جريان التحالف معدوم في الاستصناع . . انظر

البدائع ٢٦٦٥/٦

(٣) المبسوط ٩٢/١٢

النزاع مع ضبط المواصفات المطلوبة :

جاء في المبسوط (٤) ان لم يكن الصانع مخالفا للأوصاف المطلوبة فلا فائدة في استخلافه . . ولو أقام العامل البيئة لم يلزم الأمر . . لان الثابت بالبيئة كالثابت باقرار الخصم .

ولو قال المستصنع بهذا امرتك . . ولكن لاأريده . . كان له ذلك لما بينا : ان الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية .

* * *

(٤) المبسوط للسرخسي ٩٢/١٢

الفصل الخامس : الظروف الطارئة :

ان قواعد الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي ، لاحاجة لنا في اللجوء الى استعمالها اذا جد للصانع ما يمنعه عن تنفيذ ما تعاقد عليه . . هذا اذا اعتمدنا على القول الراجح في ان الاستصناع عقد غير لازم . . لأن العقد غير اللازم ينتهي بالرجوع فيه ويسمى هذا الرجوع غسقا (١) . .

أما اذا سرنا على الرأي القائل : بلزوم هذا العقد . . وطرات ظروف قاهرة منعت الصانع من اتمام ما طلبه منه المستصنع ، ففى الامكان تطبيق قواعد الظروف الطارئة وهى قواعد وردت صريحة في كتب الفقه الاسلامي (٢) . . وبناء على هذا يقال للمستصنع اذا طرا ما يمنعه الصانع من اتمام ما تعاقدت عليه كأن حدثت حرب منعت ورود الخامات التى سيصنع منها المطلوب . . او جرت عاصفة أغرقت المركب الشراعى مثلا والحمل عليه المادة الخام أو المطلوب صنعها . . او شب حريق في المصنع اتى على كل ما فيه فيقال للمستصنع انت بالخيار : اما ان تصبر حتى يتمكن الصانع صنع ما اتفق عليه . . أو لك الحق في ازالة كل اتفاق بخصوص هذا الموضوع . .

(١) نظرية الالتزام للمطارد ص ٢٦٢

(٢) كشف الشافعى للبهوتى ٣/٢٥٦ وما بعدها .

الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع :

لم يكن الشرط الجزائي معروفا بهذا الاسم لدى فقهاءنا الأقدمين .. وانما جاء ذكره في صور مسائل فقهية .. ولعل أول وجوده ماروى البخارى في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكره « أدخل ركابك : فان لم أرحل معك يوم كذا أو كذا غلك مائة درهم فلم يخرج . فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه . وقال أيوب : عن ابن سيرين أن رجلا باع طعاما وقال « ان لم آتك الأربعاء فليس بينى وبينك بيع ، فلم يجىء فقال شريح للمشتري أنت أخلفت فمضى عليه (١) » .

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم وبينوا العوامل التى أدت الى التوسع فى الأخذ به ..

قال الزرقا (٢) : فى أواخر العهد العثمانى اتسعت فى الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا وتطورت أساليب التجارة الداخلية ، والصنائع ، وتولدت فى العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة ... واتسعت مجالات عقود الاستصناع فى التعامل بطريق الإيضاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية وقد ضاعف احتياج الناس الى أن يشترطوا فى عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذى يتأخر عن تنفيذ التزامه فى حينه .. ومثل هذا الشرط يسمى فى اصطلاح الفقه الأجنبى « الشرط الجزائى » ..

والشرط الجزائى هو (٣) : اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفا التعويض الذى يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو اذا تأخر فى تنفيذه .

وبعد استعراض المسائل التى يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائى وتأمل قوله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**) .. وما روى عنه صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل فى الشروط

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٦٢/٥

(٢) المدخل الفقهى العام للزرقا فقرة ٢٨٦/

(٣) الموسوعة العربية الميسرة . نقلا عن مجلة البحوث الإسلامية . مجلد ١ العدد ٢

الصحة .. وأنه لا يحرم فيها ويبطل الا مادل الشرع على تحريمه وإبطاله
نصا أو قياسا .. ويتطبيق الشرط الجزائي على أنواع الشروط وظهور
انه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد .. اذ هو حافز لاكمال العقد
في وقته المحدود له .. والاستثناس بما رواه البخارى في صحيحه بسنده
عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه : ادخل ركابك . فان لم أرحل معك
يوم كذا وكذا . فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه
طائعا غير مكره فهو عليه الحديث .

ومضلا عن ذلك .. فهو في مقابلة الاخلال بالالتزام حيث ان الاخلال
به مظنة الضرر وتقويت المنافع .. وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي
سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله .. وسبب من أسباب
الحفز على الوفاء بالعهود ، والعقود تحقيقا لقوله تعالى : (يا أيها الذين
آمنوا أوفوا بالعقود الآية) .

فان الشرط الجزائي الذي يجرى اشتراطه في العقود شرط صحيح
معتبر يجب الأخذ به .. مالم يكن هناك عذر في الاخلال بالالتزام الموجب له .

فيكون العذر مستقلا لوجوبه حتى يزول ، وإذا كان الشرط الجزائي
كثيرا عرفنا بحيث يراد به التهديد المالى .. ويكون بعيدا عن مقتضى
القواعد الشرعية للعقود ، فيجب الرجوع في ذلك الى العدل والانصاف ،
على حسب ماغات من منفعة أو لحق من مضرة .

ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف الى الحاكم الشرعى عن طريق اهل
الخبرة والنظر ..

وبناء عليه .. فإذا اقترن شرط جزائي بعقد الاستصناع يلتزم به
المستصنع أداء شيء إذا تأخر عن تسديد التزاماته إذا كان هناك من
التزام .. أو كان الشرط الجزائي واقعا على عاتق المستصنع ، فإنه لا يفسد
العقد بهذا الشرط ، ويرجع الى القاضى المختص لتفسير الشرط .. ومدى
انطباقه على حكم الشرع كما سبق بيانه في أول هذا البحث .. وبيان
الامراف المتداولة بذلك بين التجار والصناع في هذا النوع من التعامل
والفصل في النزاع على ضوء هذا كله (٤) .

* * *

(٤) انظر مجلة البحوث الاسلامية - المجلد الاول - العدد الثانى - ص ٦٠ - ١٤٣

الفصل السابع : رأى المعاصرين فى عقد الاستصناع :

تقديم :

ان الاحتكاك بالمعاملات ، والتفكير فى موقف الشريعة الاسلامية منها دفع القضاة فى الاسلام . . وكثيرا من العلماء (١) . الى محاولة دراسة الاستصناع . . وقد اخذت مباحثه الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود بكتابه احكام عقود التأمين وقد قدم له بحثا مهما لبناء أصل مشروعية هذه المعاملات وهو (٢) : الأصل فى العقود الاباحة حتى يقوم الدليل على التحريم . . وهو الرأى الراجح عند الجمهور ، ويعدها ذكر حكم بعض المعاملات . . ثم عرج الى موضوعنا « الاستصناع » .

ويحسن ونحن نذكر رأيه كاملا ضمن بحثنا هذا . . ان نقرر للامانة انه ليس فى ذكر هذا الرأى الموافقة الكلية منا على ما جاء بكتابه فى هذا الموضوع اذ لنا بعض التحفظات ، لكن الرجل قد ابلى بلاء حسنا فى دراسة المعاملات التى شاع التعامل بها هذه الأيام . . فكان له مجهود يشكر عليه فى اثره الفقه الاسلامى لكن كما قلت ليس كل ما كتبه من آراء هى محل الموافقة منى .

ونص ماقاله هو (٣) : ان كل ما يقع بين الناس من المشاكل فى العقود والشروط والمعاملات ، فان له صلة واصلا من الفقه الاسلامى يرد اليه ويقاس عليه ويؤخذ صحته وفساده من نصوصه واصوله .

من ذلك . . استصناع السلعة ، اى طلب عمل صنعة من بناء او نجارة او حدادة وهى عبارة عن اجراء عقد اتفاق بين المالك والمقاول على صفة شىء موصوف من بناء بيت او سفينة او ابواب او شبابيك او صناديق او غير ذلك .

بحيث يقول المالك للمقاول : اريد ان تبني لى عمارة صفقتها كذا وارتفاعها كذا وفيها من الدور كذا وكذا ، ثم يستقصى أوصافها اللازمة ويتفق معه على قدر معلوم من المال .

(١) من هؤلاء العلماء الشيخ عبد الله آل محمود فى كتابه احكام عقود التأمين ومكانها من

شريعة الدين ، والشيخ أحمد فهمى أبو سنة فى كتابه العرف والعادة فى ص ١٢١ ،

والشيخ / على الخفيف فى مختصر احكام المعاملات ص ١٧٧ — ١٧٨

(٢) احكام عقود التأمين لآل محمود ص ٣٩

(٣) نفس المصدر السابق ص ٧١ — ٧٧

فهذا العقد في هذه الصفة يسمى عند الفقهاء « استصناع السلعة » .
والظاهر من مذهب الامام أحمد والشافعي وأبي حنيفة . . أنه لا يجوز
لأنه من بيع ماليس عندك المنهى عنه شرعا .

قال في الاقتناع : « ولا يصح استصناع السلعة لأنه باع ماليس عنده
على غير وجه السلم » . وخالف أبو يوسف صاحبه الامام أبا حنيفة ،
فقال بجواز العقد في استصناع السلعة . . فإذا وجد المصنوع موافقا
للصفات التى بينت في العقد لزم من كلا الجانبين ، وليس لأحد منهما
الرجوع . . انتهى .

وعلى قول أبى يوسف هذا استقر عمل الأحناف على القول بصحته ،
وادرجوه في مجلة الأحكام للحكم به .

وجرى عرف الناس في سائر الأمصار على العمل به وكأنه السبب
الذى جعل الناس يتحدثون بأن مذهب الأحناف يسائر التطور ويتسع
رحبه للمعاملات الحديثة .

وكل شئ تعومل في استصناعه من بناء دور أو سفينة أو أبواب أو
ثياب أو قدور أو شبابيك ، فإنه يصح على القول بهذا ولايلزم في الاستصناع
دفع الثمن حال العقد بخلاف السلم .

وليس للمالك الا أقل مايقع عليه الصفة .
واذا لم يقع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة في العقد . .
فلمستصنع أى المالك الخيار بين قبوله وردة .

فقول الأئمة بمنعه بحجة أنه من بيع ماليس عنده غير صحيح ، فإن
هذا العقد مشبه بالسلم الذى محله الذمة والذى يصح في المعبوم وفيها
ليس عنده ، كما في البخارى ومسلم عن عبد الرحمن بن أبزن وعبد الله بن
أبى أوفى قال : « كان يأتينا أنباط من أنباط الشام فكنا نسلطهم في الحنطة
والشعير والزبيب — وفي رواية والزيت — الى أجل مسمى . قيل : اكان
لهم زرع ؟ قال : ماكننا نسالهم عن ذلك » لكون السلم محله الذمة .

ثم أن العادة والعرف والضرورة قد غرض التعامل بهذه الصفة على
الناس في كل مكان وزمان غرضا لازما لامحيص لهم عنه ، ولن يجدوا
بدا منه لفخامة البناءات وسائر المقاولات التى لايسطيع المالك ان يستقل
بالتصرف فيها الا بطريق الاتفاق مع المتاولين والغنيين والمهندسين .

ومن المعلوم أن العادة والعرف لهما مدخل في الشرع ويقدمان في بعض الصور على الأصل وقد ترجم عليه البخارى في صحيحه فقال : « باب من أجرى أمر الأمصار على مايتعارفون بينهم في البيوع والاجارة والكيل والوزن » . . قال في الفتاح : قال ابن منير وغيره ، مقصوده بهذه الترجمة اثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الالفاظ انتهى .

ثم ان العقود والشروط والمعاملات في البنايات وسائر الصناعات هي من الأفعال العادية لامن العبادات الشرعية التي تفتقر الى دليل التشريع اذ الأصل في العقود رضى المتعاقدين ونتيجتها هو ماأوجباه على انفسهما بمقتضى التعاقد وليس فيها ربا أو قمار ولا نص في المنع منها .

وقد توسع الناس في الاستصناع في هذا الزمان على اختلاف أنواعه حتى صار من اكبر المعاملات ، بحيث يتفقون مع المقاولين ومع الشركات على بناء العمارات العظيمة ذات الطوابق والشقق وكذا المدارس والمستشفيات والطرق وحتى المساجد والبيوت الصغيرة والكبيرة ، كلها انها تبنى غالبا على سبيل الاستصناع بالصفات المتفق عليها بينهما .

حتى صار من الأمر العرفى الجارى به النظام في كل بلد .

ويوجد في نصوص الفقه مايقرب من صفته وماينبغى أن يقاس عليه في القول بصحته . من ذلك عقد السلم ، فانه عقد على موصوف في الذمة معدوم حال العقد بثمن مقبوض .

ومن ذلك البيع بالصفة الذى ذكره فقهاء الحنابلة في كتابهم وحكموا بصحته والصفة نوعان :

❖ **الأول : صفة معينة :** كأن تقول : أبيعك عبدي الفلانى أو بعيرى الفلانى الذى صفته كذا وكذا ، ويستقصى فى أوصافه كما يستقصى فى أوصاف السلم .

❖ **والنوع الثانى : الصفة غير المعينة :** كأن يقول أبيعك عبدا أو بعيرا صفته كذا وسنه كذا ويستقصى صفته كما فى السلم ويصح العقد فى كلا الصفتين بشرط أن يسلم الثمن حال العقد قبل التفرق ولايصح فيها لايصح السلم فيه ، كالبنيان ونحوه فهذا ونحوه مما ينبغى أن يقاس عليه جواز الاستصناع اذ هو نظيره فى الحكم والمعنى خلاف ماذهب اليه الفقهاء من القول منهم بمنعه .

والأصل في الاستصناع أن يعمل الصانع الصناعة في محله كما يعمل
التجار الأبواب في موضع نجارته والحداد يعمل الشبائيك ونحوها في موضع
الحدادة ، فإن جاء بها مطابقة للأوصاف أخذها المستصنع وإن لم تطابق
الأوصاف ردها على صاحبها .

أما استصناع البناء : فإنه يزيد اشكالا من جهتين :

الأول : من جهة كون المقاول يعمل في أرض المالك مما لا سبيل إلى
رده إلا بهدمه وإتلافه .

والأمر الثاني : أنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي
يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد ، حيث أدخلوا
فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات ، والغرامات مما يتغير الحكم
بدخولها في عقده ، أضف إليه إدخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة
الجليلة والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد وقد لا يوجد .

* * *

تحديد المدة للاستصناع

وضع الغرامة على مازاد على المدة المضروبة

ان عقد الاتفاق الواقع على بناء العمارات والبيوت والفنادق والمستشفيات وغيرها قد ادخل فيه المتعاملون قيودا وشروطا تخرجه عن حكم الاستصناع الجائر الذي ذكره الفقهاء .

ومن ذلك تحديد مدة الانجاز ووضع غرامة على مازاد على المدة المحدودة عن كل يوم كذا وكذا يدفعها المقاول .

وهذه الغرامة بهذه الصفة لم يقل بجوازها أحد من الأئمة الأربعة لا الامام أحمد ولا مالك ولا الشافعي ولا أبو حنيفة ، وغيرها من الأضرار على المقاول ما لا يخفى على عاقل اذ قد تذهب بأعظم مقاولته التي هي بمثابة أجرته وحاصل تجارته : اذ كل المواد الموضوعة في البناء ملك للمقاول .

وقد ذكر الفقهاء من الحنابلة من أنه لايجوز الجمع بين المدة والعمل في باب الاجارة ، وذلك بأن يقول : أريد أن تبني لى دارا بكذا ، بشرط ان تنجز في وقت كذا ، لوقوع ما يمنع التنجيز في المدة المضروبة .

وقد قالوا بمنع الجمع بين المدة والعمل في وقت كان البناء فيه سهلا ميسرا ولم يكن صعبا معقدا .

بحيث أن العادة القديمة في انشاء المقاولات على البيوت والعمارات وسائر البنايات بأن جميع موادها متساوية متيسرة ، بحيث تبني بالطين والحجارة واللبن وتسقف بالاثل وجريد النخل وتلاص بالطين أو الجص ، وكل مواد البناء موجودة بداخل البلد أو بمحل العمل ، والأساتذة والعمال متيسرون وقت الطلب فالبناء كله بسائر انواعه سهل مبسط غير عسير .

أما الآن وفي هذا الزمان ، فقد صارت المقاولات على البنايات ذات الشأن من الأمور الصعبة العويصة الشاقة ولايزال الناس يقومون ويتعدون في المحاكم في خصوص المنازعات والخصومات الناشئة عن الاختلافات في الصفات وتحديد الأوقات وفي الغرامات ثم ان ادخال الغرامة فيما زاد على المدة المحدودة هي مما أركسها في الجهالة وكانت سببا في اتساع شقة الخلاف مع الأسباب الناشئة عن عدم التطبيق ودخول الزيادة والنقص والتعديل والتبديل .

وسببه أن العمارة الواحدة ذات الشئان والمؤسسة على النظام الحديث يدخل فيها من الآلات والأدوات مايزيد على خمسين مادة كلها تستجلب غالبا من الخارج كالبلدان الأوربية واليابان والهند والصين ونحوها .

مثل الحديد على اختلاف اشكاله وأدوات الكهرباء على اختلاف انواعها وكذا السخانات وانابيب المياه والأدوات الصحية على اختلاف اشكالها وكذا الأحواض والأصباغ على اختلاف انواعها والبلاط الثخين والخفيف والأبواب والشبابيك والأسمنت وأشياء كثيرة مما نعرفه وما لا نعرفه . وكل هذه الآلات والأدوات قد توجد في وقت وقد لا توجد في وقت آخر مع كونها لا تنضب غالبا أوصافها لاختلاف أجناسها .

لهذا رأينا التجار يشكون أزمة تعطيل وصول البضائع التي من جملتها مواد البناء ، بحيث يعطون الموعد لوصولها في خلال ستة أشهر ، ثم يمضي مع الستة أشهر ستة أشهر أخرى الى نهاية السنة بدون أن يتحصلوا على وصولها ، لأسباب الموانع المقتضية للتأخير من عدم وجود سفن التحميل أو تعطيلها أو وقوع اضراب للعمال في بلدها ونحو ذلك .

أضف الى ذلك أن كل مادة من مواد البناء غانها تحتاج بطبيعة الحال الى حذاق وصناع من المهندسين والعارفين لوضع الأشياء في مواضعها اللازمة بها من نجارين وحدادين وصباغين وغيرهم . وليس من الممكن الحصول عليهم وقت طلبهم لكثرة أعمالهم وطلب الناس لهم ، فكانوا يعدون الشخص للحضور الأسبوع بعد الأسبوع ومن المعلوم أنه لايقوم غيرهم مقامهم في اتقان أعمالهم . وقد لاح الطمع بكثير من المالكين في الغرامة على ما زاد على المدة المحدودة فصاروا يعاملون المقاولين بالترديد والتلديد مما يعرقل سير عملهم بقولهم : هذا لا يصلح ، وهذا لا يصلح ، حرصا على انسحاب الأيام حتى تزيد على المدة المحدودة فتكثر بسببها الغرامة على المقاول .

لهذه الأسباب صار انجاز العمل عن وقته المحدود يتأخر اضطراريا لاختياريا وحتى التجار الذين لديهم المؤهلات المقتضية لانجاز عملهم ويبنون لانفسهم على حسابهم الخاص ، فانهم يتقرون لانتهاء عملهم بعشرة أشهر ، ثم يمضي مع العشرة عشرة أخرى بدون اتمامه واحكامه . . وهذا قد صار من الأمر المعروف المسالوف عند كافة الناس .

أضف اليه ما يعرض للمقاول من عوز العمال وعدم وجود بعض المواد وكذا ما يعرض له مما يعرقل سير عمله من حوادث الزمان مثل الاهوية الشديدة والأمطار والسيول والحر الشديد والبرد الشديد وكل هذه تحكم على المقاول ولا يستطيع أن يحكم عليها .

إذا ثبت هذا فإن الحكم على المقاول بالزامه بالغرامة على ما زاد على المدة . مع العلم بهذه الأعذار أنه حكم عليه بالجور وعدم العدل ، ونتيجة هذا الحكم هو أن يستبيح المالك أكل مال المقاول وأجرة عمله وعرق جبينه ظلما بغير حق لأن الذين فرضوا هذا الشيء سموها غرامة أي ظلما ونكالا .

ولم يصح عن أحد من أئمة المذاهب الأربعة القول بصحته لأن هذا التحديد ووضع الغرامة على ما زاد عليه يقع غالبا من تكليف ما لا يسنطاع كما ذكرنا ذلك والله لا يكلف نفسا إلا وسعها ، وإنما وقع منهم على حساب الظن والتخمين في الانجاز قصدوا به الحث والتحريض ، وقد اتفق الأئمة الأربعة على عدم إباحة هذه الغرامة بهذه الصفة . فلا يحكم بالزامها إلا من يحكم بإباحة الربا والقمار وسائر العقود المنهى عنها مما يتراضى عليه الناس من العقود الفاسدة . والله أعلم .

* * *

✽ الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع :

تمهيد :

في هذا الفصل سنحاول دراسة تصنيع العقارات والمباني الجاهزة مما يكثر السؤال فيها. وندرس بعض العقود التي شاع التعامل بها داخليا وخارجيا .

المبحث الأول : تصنيع العقارات :

ان العقارات التي تبني حاليا تلتبس على الكثير . . على أن المراد منها نفس المراد بالاستصناع . . الا أنها تختلف عن الاستصناع من عدة أمور هي :

الأول : من جهة كون المتاول يعمل في أرض المالك مما لا سبيل الى رده الا بهدمه واتلافه (١) .

الثاني : انه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد حيث أدخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها في عقده . أضف اليه ادخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجليلة والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد وقد لا يوجد (٢) .

✽ أما فقهاء النظام الوضعي فقالوا (٣) : ينبغي أن يتعلق الاستصناع بتصنيع منقولات مادية . ولا تعتبر عقود استصناع : الاتفاقات التي يتعهد بمقتضاها متاول بأن يشيد لحساب شخص ما عمل عقارى أو ثابت يلتزم بأن يقدم مواده اذ يكون حينئذ أمام مجرد استئجار للعمل والصناعة . فتصنيع العقارات لا ينطبق عليها عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي والنظام الوضعي .

المبحث الثاني : تصنيع المباني الجاهزة :

الذى اراه بالنسبة لبناء العقارات الجاهزة أو التي تسمى « السابقة الصنع » أنها تعتبر استصناعا نظرا لما يلي :

(١) أحكام عقود التأمين . ٢٤ محمود ص ٧٤ .

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) رسالة عقد الاستصناع لداويد ص

١ — أنها ولو كانت في ملك المستصنع الا أنه يمكن الفسخ والارجاع بسهولة . . وذلك بفتحها ، وارجاعها الى صاحبها عند عدم المطابقة . . كالثوب . غانه لا يصنع الا وهناك جسم بشرى يلبس عليه . . فعند المخالفة للأوصاف ينزعه ليرجعه فعلى هذا . . تنطبق أحكام عقد الاستصناع على المباني الجاهزة .

٢ — مِمَّا أدخل المقاولون أو الصناع أشياء جديدة او دقيقة . . فمما دام في الامكان ارجاعها . . فلا بأس في ذلك ولا ضير . . ولو كانت غير موجودة في البلد الذي تعاقد عليه المتعاقدان . . فالوسائل الحديثة في النقل . واستعمال الآلات الكاتبة البرقية (٤) ، والحاكي ، والهاتف ، وغير ذلك من أنواع الآلات المستعملة في الاتصال تعين كثيرا على حل مشاكل الصناعة والتجارة وغير ذلك من التعامل بين البلدان بعيدة الأطراف . . وعلى هذا تكون الصناعات التي كثرت في بلاد المسلمين في المباني الجاهزة داخلة في الاستصناع — والله اعلم .

* * *

(٤) الآلة الكاتبة البرقية : هي آلة لنقل الرسائل وهي شبيهة بالآلة الكاتبة الى حد كبير مع اضافة نظام كهربي يحول الرسالة الى رموز برقية ، ثم تطبع حسب رموز برقية معتمدة عالميا ، وتسمى (التلكس) .

* البحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستصناع المحلية والخارجية :

تهييد :

هناك عقود استصناع تشهدها الساحة الاقتصادية في جميع البلدان ومنها المملكة العربية السعودية . . لكن هذه العقود تكون غالبا على نوعين رئيسيين هما :

الأول : وهى ماتكون داخل البلد نفسه بين الصانع والمستصنع « التعاقد المحلى » .

الثانى : وهى ماتكون بين بلد وآخر حيث يكون الصانع فى بلد والمستصنع فى بلد آخر أو بالعكس وتسمى « التعاقد الخارجى » .

التعاقد المحلى : فهو كثير فى الحياة الاقتصادية ويتنوع الى أنواع كثيرة بحسب المادة المصنوعة ونوع الصنعة . فمن هذه العقود ماهو بسيط بين شخص (مستصنع) وآخر (صانع) بأدوات بسيطة مثلا كمن يصنع للمستصنع حذاء كالنعال الزيرية المشهورة فهى تدخل فى هذا القسم .

وصورتها أن يذهب الشخص الى صانعها ويطلب منه أن يصنع له نعلا ويصف له نوع الجلد ونوع الخرازة التى تستعمل فى الجلد . . ونوع الجلد المستعمل بالخرازة والمقاس والعدد . . ويتفقان على السعر والمدة . وهى فى الغالب للاستعجال . . لا للامهال . . وقد يدفع له شيئا أو لايدفع .

فيأتى المستصنع ويطلب النعال المطلوب صنعها من الصانع ويأخذه فان وجده على المطلوب أعطاه باقى القيمة ان كان قد دفع شيئا أو يعطيه كل المبلغ ان لم يكن قد دفع ، فان لم يكن على المطلوب له حق الرجوع فيه ، وأخذ بدله مما يوافقه ، أو يصنع له نعلا آخر . وما تركه أخذه صانعه ليبيعه ولو بأقل السعر المطلوب منه لأنه أخطأ فى صنعه .

والا يتفقان على نسخ ما بينهما من عقد وهو قليل على ماأراه من عرف سائد الآن .

وهناك تعاقد داخلى تم داخل مصر نوره فيمايلى :

جاء فى الفتاوى المهدية (٥) : سئل الألعى محمد العباسى : عن حادثة من طرف قاضى الجيزة مضمونها : ادعى رجلان على آخر . أن أحدهما

(٥) الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية لحمد العباسى ١٥٢/٢

اتفق معه على انشاء مركب طولها ٢٧ شبرا كاملة الدوامس والحلق والدفة . ويكون له نصفها في نظير مبلغ ذكره دفعه للصانع .

فأحضر الصانع مايلزم لذلك . . وبعد الابتداء في انشائها حضر الرجل الآخر واشترى من الصانع النصف الآخر بمبلغ عينه دفعه له بشرط تنبيهها على الشرط الأول وأنها الى الآن لم تتم . وببلغ مقاسها بعد تركيب أضلاعها ٢٣ شبرا . وأنها يطلبان العامل بتتيمها وتسليمها لهما . وأنها الآن موجودة بمكان كذا . .

أجاب بالاعتراف بالتوافق المذكور ، وأنه أنشأ مركبا طولها ٢٧ شبرا وآخرين طول كل واحد ٢٣ شبرا . وأنه باع نصف المركب البالغ مقاسها ٢٧ شبرا . التي أنشأها حسب التوافق مع أحدهما للآخر بالمبلغ الذي ذكره . . وأنه قبضه وأنها الى الآن لم تتم عمارتها .

فما الحكم في هذا التوافق ؟

الجواب :

أجاب : التوافق بين اثنين على ان يصنع أحدهما مركبا ويكون نصفها للمستصنع مع بيان أوصافها . ولم يذكر أجلا . « استصناع ان جرى به التعامل » . . والا لا يصح فيفسخ . الا اذا ذكر الأجل على سبيل الاستعجال فيصح بيعا لعدة .

وعلى فرض صحته استصناعا لايجبر أحدهما عليه . . فهو عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا خلاف . حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل .

وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذا . حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء .

وأما اذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره في ظاهر الرواية . ١. هـ .

التعاقد الخارجى (الدولى) :

ومن التعاقد بالاستصناع الذى يتم بين دولة وأخرى اخترت عقدا بين المملكة العربية السعودية ومصر العربية . . وهذا العقد تم بين مؤسسة « كرا » بجهة والمهندس صبرى عياد بالقاهرة وقد تم التعاقد بأختصار على الوجه التالى :

❖ **الطرف الأول :** وهو المستصنع : مؤسسة كرا للمقاولات بجدة — المملكة العربية السعودية .

❖ **الطرف الثانى :** وهو الصانع : المهندس صبرى عياد . مصر العربية .

و ١٣٩٧/١/٧ هـ — تم فتح اعتماد مستندى فى (البنك الأهلى التجارى فى جدة) بتمعيده بفتح اعتماد مستندى غير قابل للرجوع فيه . معززا بالبريد الجوى . لأمر المهندس صبرى عياد فى القاهرة . . لحساب مؤسسة كرا للمقاولات فى جدة بمبلغ ٩٠٠.٠٠٠ جنيه استرلينى لاغير .

وذلك قيمة استصناع حوالى ١٥ طن زائد ناقص ١٠ ٪ فورمات حديد لبناء الجسور حسب الرسومات المسلمة للصانع من قبل المستصنع . والقيمة تدفع حسب شهادة الوزن بسعر الطن ٦٠٠ جنيه استرلينى وقد وضعت على الصانع بعض الشروط التى يستوثق بها المستصنع .

من هذه الشروط : ١ — أن يقدم فاتورة تجارية على ثلاث نسخ . الأصلية منها مصدقة من قبل السفارة السعودية فى القاهرة والغرفة التجارية .

٢ — قائمة تعبئة .

٣ — شهادة منشأ صادرة من الغرفة التجارية .

٤ — شهادة وزن .

٥ — أن يكون عمر الباكسة الناقلة لايزيد عن ١٥ سنة من تاريخ الصنع .

٦ — وأن الشحن المجزأ غير مسموح به .

ولما كان فتح الاعتماد فيه من القضايا التى لها صلة بدراسة البنوك الاسلامية والتى تحتاج الى دراسة وافية ، وبيان رأى الشريعة الاسلامية فيها . كالتأمين . والنسبة المئوية كعمولة يأخذها البنك على المستصنع ، والعمولة الأخرى عن كل شهر يتأخر فيها المستصنع بالدفع . لهذا كله لم نتطرق لهذا التعاقد . . بل نلمح له تلميحاً كمثال على الواقع .

❖ الفصل التاسع : ماينتهى به عقد الاستصناع :

بعد أن عرفنا أن عقد الاستصناع من عقود المعاوضات المسماة ذات الشخصية المستقلة عند الحنفية .. فهو ينتهى بما تنتهى به هذه العقود .. من وفاء المتعاقدين بالالتزامات المتبادلة التى يحتبها العقد وهى :

أ - من جهة الصانع :

- ١ - القيام بالصنع للمادة الخام التى تكون عليه .
- ٢ - تسليم المطلوب صنعه الى المستصنع .
- ٣ - استلام الثمن المتفق عليه بينهما .

ب - من جهة المستصنع :

- ١ - اعطاء المواصفات المطلوبة للصنع الى الصانع عند التعاقد .
 - ٢ - استلام المطلوب صنعه .
 - ٣ - دفع الثمن للصانع .
- هذا كله عند اتمام الصنع على وفق الاوصاف المطلوبة ورضا المستصنع بها على الراى القائل .. بأن الاستصناع عقد غير لازم .
- وحتىمة تنفيذ الالتزام عند من يرى أن الاستصناع عقد لازم كما تكلمنا من هذا غيبا سبق .
- ٤ - الإقالة من العقد من احد المتعاقدين للآخر عند من يرى أن الاستصناع من العقود اللازمة .
- ❖ **موت الصانع :** ينتهى عقد الاستصناع ايضا بموت الصانع خلافا لعقد البيع الذى لايبطل بموت البائع وهو الذى يقابل الصانع فى عقد الاستصناع .
- ❖ **وجه هذا الراى :** الاستصناع له شبه بالاجارة من جهة انه يبدأ وكأنه عقد اجارة . وينتهى على انه بيع . حيث أن الصورة الواقعية له : أن المستصنع يطلب من الصانع صنع المطلوب فهو عقد اجارة قبل الصنع وقبل التسليم .

فاذا ماتم الصنع واراد الصانع تسليم المطلوب صنعه للمستمنع ،
فانه يأخذ الثمن المتفق عليه « الذى يشمل قيمة المادة الخام + اجرة
الصنع » فهو بيع . فاذا مات الصانع فكأنه لازال فى مرحلة الاجارة ..
والاجارة تبطل بموت العامل .

وجاء فى البدائع (١) : بأن مما ينتهى به عقد الاجارة موت من وقع له
الاجارة الا لعذر .. والكلام على كيفية بطلان الاجارة بموت العامل يتطلب
منا بيان ذلك :

الاجارة عند الحنفية تنعقد ساعة بعد ساعة على وفق حدوث المنافع
شيئاً فشيئاً .. واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع فى يد الوارث لم يملكها
المورث لعدمها .

والملك صفة الوجود لا العدم .. فلا يملكها الوارث ، اذ ان الوارث
انما يملك ماكان على ملك المورث .. فما لم يملكه يستحيل وراثته ..
بخلاف بيع العين لان العين ملك قائم لنفسه ، ملكه المورث الى وقت
الموت ، فجاز ان ينتقل الى الوارث .. ولأن المنافع لاتملك الا بالعقد ،
وما يحدث منها فى يد الوارث لم يعقد عليها .. فلا يثبت الملك فيها للمورث ..
والاصل ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد .

وصلة هذا بالاستصناع من جهة ان الصانع عندما يحول المادة
الخام الى المطلوب صنعه .. هذا العمل منفعة قدمها للمستمنع فهو
« الصانع » عامل من هذه الجهة قبل التسليم .. فلهذا يبطل الاستصناع
بموت الصانع . والله اعلم .

* * *

(١) البدائع ٢٦٧٢/٦ ومابعدها .

الخاتمة

وبعد أن فرغت بعون الله وتوفيقه مما أردت بيانه .. وبقي على ان
اختم رسالتى هذه ببيان أهم ما جاء فيها في النقاط الموجزة الآتية :

بحثت في الباب التمهيدى ثلاثة مواضيع .. أردت بالموضوع الاول ..
عرض عام لموقف الشريعة الاسلامية من العمل والصناعات ، واعطاء
فكرة تاريخية عن الاستصناع وانتهيت الى ان الاستصناع كان موجودا منذ
القدم والى الآن .. وان الشريعة الاسلامية ما جاءت لتقضى على كل عادات
ومعاملات الجاهلية قبل الاسلام .. بل منعت بعضها وأقرت البعض الآخر
مما هو صالح ، واشترطت على البعض الآخر شروطا تقوم ماهى عليه
ليوافق الشريعة الاسلامية .. ولهذا كان الاستصناع من العقود التى اقرها
الاسلام بشروط مخصوصة معينة سنذكرها — ان شاء الله .. لهذا كان
عقد الاستصناع عقدا لا وعدا عند جمهور فقهاء الحنفية .. غاردت في
الفصل الثانى بيان موقف الشريعة الاسلامية من العقود التى يتم ربطها
بين اطراف المتعاقدين فبحثت مدى حرية المكلف فى انشاء العقود ، وانتهيت
الى ان المكلف له حرية التعاقد بشرط عدم وجود مانع شرعى من نص
او اجماع .. فمعد الاستصناع جائز من هذه الجهة ..

وفى النظام الوضعى درست رايه فى مبدأ سلطان الارادة وهو يتفق
مع مآقرته الشريعة الاسلامية فى حرية المكلف بشرط عدم وجود مانع
شرعى ..

اما الموضوع التمهيدى الثالث .. فقد كان التعاقد على المعدوم وهو
موضوع له صلة برسالتى هذه حيث ان موضوع رسالتى يتم التعاقد فيه
على معدوم .. وبينت رأى الشريعة الاسلامية فى التعاقد على المعدوم ..
وآراء الفقهاء فيه وناقشتها وانتهيت الى ان التعاقد على المعدوم ليس العلة
فى منعه كونه معدوما .. بل لعل أخرى كما يراها ابن القيم وهى الفرر
او الجهالة المفضية للنزاع مثلا .. ثم ان الاستصناع كما يرى الحنفية ،
ولو أنه معدوم .. الا انه كالموجود حكما وذلك مثل : الطهارة للمستحاضة
جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لثلا تتضاعف الواجبات .

وقسمت الرسالة الى ستة أبواب ، وفي كل باب غصولا تتعلق به وهي
مايلي :

الباب الأول : استعرضت فيه مفهوم عقد الاستصناع عند أهل اللغة
والفهاء المسلمين وأصحاب النظم الوضعية .. وبعد استعراض تعريفات
الفهاء ومناقشتها .. اخترت التعريف التالي للاستصناع عند أصحاب
الاتجاه الأول وهو : « عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه
مخصوص » .. أما أصحاب الاتجاه الثاني : فقد اخترت لهم تعريفا
للاستصناع عند كل واحد منهم ، وأساس التعريف عند أصحاب الاتجاه
الثاني مأخوذ من السلم عندهم .. لأن أصحاب الاتجاه الثاني : (المالكية ،
والشافعية ، والحنابلة) يعتبرون الاستصناع داخلا ضمن احكام السلم
مع اختلاف بسيط ذكرناه مفصلا في موضعه .. ثم بينا تعريف الاستصناع
عند النظام الوضعي .. وفي هذا الباب درست مسألة اختلف فيها فهاء
الحنفية وهي : هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ ورجحت الأخذ برأى جمهور
الحنفية على أن الاستصناع عقد وليس بوعد .. ولما كان عقدا درست
في الفصل الثالث العقد بصورة عامة : تعريفه والعلاقة بين العقد والتصرف
ثم درست العقود تقسيماتها عند الفهاء وقارنت بينها وكان مما اخترت
له في هذا تقسيم للحنفية وآخر للحنابلة .

وفي الباب الثاني : درست مشروعية الاستصناع عند أصحاب الاتجاه
الأول (الحنفية) ورجحت جوازه ، وبينت أدلة الجواز وحكمة المشروعية ..
أما حكمه عند أصحاب الاتجاه الثاني (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة)
فلم يكن مستوفيا للبحث عندهم .. الا اني بقدر من العلم استطعت معرفة
حكمه عندهم .. فالمالكية : شبهوا الاستصناع بالسلم فجوزوا السلم
بالصناعات كغيرهم من الفهاء .. وأما الشافعي : فجوز استصناع السلعة
ان كانت من مادة واحدة .. أما ان كانت أكثر من ذلك فقد اشترط لجوازها
ضبط المواصفات منعا للفرر المؤدى للنزاع .. أما الحنابلة : فقد منعه
عندهم صراحة القاضي وأصحابه .. لكنهم أجازوا السلم بالصناعات ..
فجميع أصحاب الاتجاه الثاني جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست
حكم السلم عندهم وحكمة المشروعية وشروط السلم . وبينت رأى الظاهرية
فيه ورأى الشيعة الجعفرية باختصار لعدم وجود أدلة في كتبهم التي عثرت
عليها واطلعت .

ودراسة عقد الاستصناع كعقد مستقل لم تظهر واضحة الا عند
الحنفية .. لذا أصبحت دراستي للاستصناع بعد هذا الباب في أكثر
فصوله خاصة بالحنفية .

غنى الباب الثالث : درست تكييف عقد الاستصناع .. فمنهم من رأى أنه بيع ، ومنهم من رأى أنه اجارة ، ومنهم من رأى غير ذلك .. فخرجت من يرى أن الاستصناع بيع فقد بعض مستلزمات البيع المطلق .. وبينت ماهى المستلزمات التى فقدتها . ثم بينت تكييفه عند أصحاب النظام الوضعى : ومايقابل هذا التكييف فى الشريعة الاسلامية .

اما الباب الرابع : كان البحث فيه عن المقومات والشروط .. فالمقومات منها العام لكل عقد وهو مابيناه بصورة مختصرة وركزنا على مااتفق عليه الفقهاء على أنه ركن للعقد وهو الصيغة .. وبيننا المراد منها عند الفقهاء جميعا .. ثم ذكرنا أركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى .. اما الشروط فقد تكلمت عنها فبدأت بالشروط العامة للاستصناع وغيره عند الفقهاء جميعا .. وسرت على أساس تقسيم الشروط الى مايلي :

شروط الانعتاد ، شروط اللزوم ، شروط الصحة ، شروط النفاذ .

وكل واحد من هذه التقسيمات له شروط خاصة به وبينت رأى الفقهاء عند أصحاب الاتجاهين الأول والثانى فى هذه الشروط ثم تكلمت عن الشروط الخاصة للاستصناع وقلت أنها عند الحنفية ثلاثة : الأول : أن يكون المستصنع فيه معلوما .. فتكلمت عن مفهوم المستصنع فيه (المعقود عليه) وبينت الخلاف فيه ورجحت أن المعقود عليه فى الاستصناع هو العين لا العمل .. وعن الشرط الثانى : الذى يرى فيه الحنفية أن يكون مما يجرى فيه التعامل .. وفى هذا الشرط تكلمت عن مفهوم التعامل بين الناس وعن التعامل والقياس اذا تعارضا .. اما شرط التعامل فى الاستصناع : فقد بينت أن هذا الشرط هو ارتكاز عقد الاستصناع .. فلا بد أن يكون الاستصناع مما يجوز التعامل به وهو الأصح عند جمهور الحنفية .. وعن الاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقد لازم .. الشرط الثالث : (ضرب الأجل فى الاستصناع) تكلمت فى البداية عن مفهوم الأجل عند الحنفية ، وما المراد منه ؟ ورجحت أن الأجل يراد به عند اطلاقه الشهر فما فوق ، سواء بالسلم أم بالاستصناع ، وبينت خلاف الحنفية فى اشتراط ضرب الأجل ، ورجحت العمل بجواز ضرب الأجل . اذ أن الأجل اذا ضرب فى الاستصناع لا يغير معناه الى سلم .. فهو باق على معناه الأسمى وهو رأى صاحبين .. اما شروطه الخاصة فى النظام الوضعى ففى شروط المفاولة .

وفي الباب الخامس : درست اللزوم وعدمه في عقد الاستصناع فقسمت الباب الى ستة فصول : بحثت في الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة .. علما بأن هذا اللفظ اصطلاح حديث .. الا انى اردت وضع الاستصناع في موضعه المناسب . فالمعروف مثلا : ان عقد البيع عقد مسمى ومشهور بهذا الاسم وورد ذكره في القرآن الكريم . . والاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع . . وعقد البيع عقد لازم . . لذا اردت بهذا الفصل معرفة اللزوم والالتزام في الشريعة الاسلامية فوصلت الى ان اللزوم هو من الشرع ، والالتزام من الانسان نفسه ، وبمثل هذه الدراسة كان البحث في النظام الوضعي . . وفي الفصل الثاني : قسمت العقود بالنسبة للزوم وعدمه وكانت تسعة عقود والعائر هو الاستصناع . . هل هو لازم أم غير لازم . . غابو يوسف ومحمد يعتبرانه لازما في حالة رؤية المستصنع للشيء المصنوع . . في حين نجد ابا حنيفة يعتبره غير لازم والمجلة العدلية اعتبرته عقدا لازما منذ البداية وحتى النهاية . . وبما ان عقد الاستصناع وبعد التوافق بين الطرفين يمر بثلاث مراحل . . لذا اعطيت كل مرحلة من هذه المراحل حقها من البحث وركزت على مسألة اللزوم وعدمه في هذه المراحل بالنسبة للصانع والمستصنع ، وبينت خلاف الحنفية في هذه المراحل . . وفي الفصل الرابع : ابرزت رأيا مستقلا عند فقهاء الحنفية يرى ان الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته ، وأوردت ماثوقش به هذا الرأي ووصلت الى نتيجة وهي ان العقد يصير لازما اذا ماثى الصانع بما استصنع موافقا للمواصفات المطلوبة . . اما قوله بأنه لازم منذ بدايته . . فهو رأي مرجوح . . وفي الفصل الخامس تكلمت عن الآثار المترتبة على العقد من حيث ملك الثمن والمستصنع فيه . . وبينت ان هذا الملك يكون غير لازم لأن الاستصناع عقد غير لازم ، وما يملكه انما يملكه ملكا غير لازم على رأى من يرى ان الاستصناع عقد غير لازم . . وفي النظام الوضعي بينت هذا الموضوع عندهم ووصلت الى ان عقد الاستصناع عقد لازم في النظام الوضعي . . مع اعطاء حق الفسخ للمستصنع دون الصانع كراى بعض الحنفية الذي اوردناه في هذا الباب .

وفي الباب السادس : جمعت امورا تتعلق بعقد الاستصناع ، واكثرها تتعلق بانتهاء وانهاء العقد . . غخابرى الرؤية والعيب لهما تعلق كبير في الاستصناع من حيث ثبوت هذين الخيارين غيبه . . لذا تكلمت عنهما من

حيث ثبوتهما وشروطهما ومستطات كل منهما .. وبينت بعد ذلك نظرية النظام الوضعى لخيار الرؤية والعيب ، ووصلت الى ان هذا الموضوع ليس له نظير في النظام الوضعى الغربى .. وفي الفصل الرابع : تكلمت عن مسألة يكثر حصولها في العقود وهى التنازع بين أطراف التعاقد .. فأبنت ان حل التنازع في هذا العقد يسرى عليه مايسرى على عقود المعاوضات المالية من أصول المحاكمات والمرافعات .. وفي الفصل الخامس درست الظروف الطارئة التى لها تعلق بعقد الاستصناع فعرفت: انه لاجابة لنا فى اللجوء الى استعمالها هذا على القول الراجح : فى ان الاستصناع عقد غير لازم .. ويمكن اللجوء اليها عند الأخذ فى القول المرجوح الذى يرى انه عقد لازم .. وفى الفصل السادس : درست شروط من الشروط لم يكن معروفا بهذا الاسم عند فقهاءنا الاقدمين وهو الشرط **الجزائى** فنتج عن هذه الدراسة .. انه يمكن الأخذ به .. لأن من الاشياء فجميع أصحاب الاتجاه الثانى جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست التى جعلتنا نرجح الأخذ به .. هو دفع الضرر ومنع تفويت المنافع ، وسد أبواب الفوضى والتلاعب بحق العباد ، وسبب من اسباب الحفز على الوفاء بالعهود .. وكان اعتمادى فى هذا على فتوى هيئة كبار العلماء فى **المملكة العربية السعودية** .. ومن آراء المعاصرين فى عقد الاستصناع اخترت مادرسه الشيخ / عبد الله آل محمود عن الاستصناع ونقلته ماقاله مع بعض التحفظات على ماقال به .. اما فى الفصل الثامن : فكانت دراسة تطبيقية على عقد الاستصناع فى الداخل (المحلى) وفى الخارج (الدولى) أردت بهذا التطبيق اعلام القارئ الكريم بأن مثل هذا موجود فى الحياة الاقتصادية داخليا وخارجيا ومما درسته تصنيع العقارات فوصلت الى نتيجة تقول ان تصنيع العقارات ليس داخلا فى عقد الاستصناع .. اما تصنيع المباني الجاهزة (السابقة الصنع) فهى داخلة فى عقد الاستصناع وذلك لعدة اسباب منها : ان هذا التصنيع لا يختلف عن تصنيع الثياب ، والخفاف حيث انه يمكن لاي خلل فى المباني الجاهزة ارجاعها للصانع بسهولة ، وبدون مضرة .. وبانتهاء هذا البحث نأتى على نهاية الكلام عن عقد الاستصناع بالفصل التاسع حيث أبنت فيه ماينتهى به عقد الاستصناع سواء من جهة الصانع او من جهة المستصنع .

* * *

« ثبت المراجع »

اولا : التفسير :

- ١ — احكام القرآن — ابو بكر احمد بن على الرازى الجصاص — توفى سنة ٣٧٠ هـ — دار المصحف — القاهرة — تحقيق محمد الصادق محاوى .
- ٢ — تفسير القرآن الكريم — (المسمى انوار التنزيل واسرار التأويل) — ناصر الدين ابو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازى البىضاوى (٧٩١ هـ) — دار المعهد الجديد للطباعة — القاهرة — ١٣٨٠ هـ .
- ٣ — تيسير العلى القدير لاختصار تفسير ابن كثير — محمد نسيب الرفاعى — الطبعة الاولى — بيروت — ١٣٩٢ هـ .
- ٤ — جامع البيان عن تأويل آى القرآن — ابو جعفر محمد بن جرير الطبرى (٣١٠ هـ) ط ٢ سنة ١٣٧٣ هـ . مطبعة البابى الحلبي — القاهرة .

ثانيا : السنة :

- ١ — ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى — شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلانى (٩٢٣ هـ) المطبعة الميمنية — القاهرة (١٣٢٧ هـ) مع تحفة البارى لذكريا الانصارى مع شرح النووى على مسلم .
- ٢ — التاج الجامع الأصول فى احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم — ابو السعادات مبارك بن محمد بن الاثير (٦٠٦) ط ٣ (١٣٨١ هـ) . ومعه غاية المأمول شرح التاج الجامع الأصول .
- ٣ — سنن ابن ماجه — الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزوينى (٢٧٥ هـ) م الباب الحلبي — القاهرة (١٣٧٣ هـ) تحقيق محمود فؤاد عبد الباقى .
- ٤ — سنن أبى داود — الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستانى (٢٧٥ هـ) — م السعادة (١٣٦٩ هـ) .
- ٥ — سنن النسائى :
للحافظ أبو عبد الرحمن بن شعيب بن على النسائى (٣٠٣)
المطبعة الهندية . ومعه شرح السيوطى وحاشية السندى .

- ٦ — عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى — أبو بكر محمد بن عبدالله ابن العربى (٥٤٣ هـ) م دار العلم — دمشق .
- ٧ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى — أحمد بن على بن حجر العسقلانى (٨٥٢ هـ) م السلفية .
- ٨ — كتاب الاعتبار فى بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار — أبو بكر محمد ابن موسى بن عثمان بن حازم الهمذانى (٥٨٤ هـ) م الاندلس — حمص . ط ١ (٣٨٦ هـ)
- ٩ — مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذرى — تحقيق محمد ناصر الالبانى — ط ١ (١٣٨٨ هـ) بإشراف الدار الكويتية للطباعة — الكويت .
- ١٠ — مسند الامام أحمد — أحمد بن حنبل (٢٤١ هـ) وبهامشه منتخب كنز العمال فى سنن الأتوال والأفعال م بيروت — المكتب الإسلامى . دار صادر .
- ١١ — منتقى الأخبار لشيخ الإسلام ابن تيمية مجد الدين عبد السلام ابن عبد الله الحرانى (٦٢١ هـ) مع نيل الأوطار .
- ١٢ — نصب الراية الى تخريج أحاديث الهداية — جمال الدين محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعى (٧٦٢ هـ) ط ١ (١٣٥٧ هـ) م دار المأمون — القاهرة .
- ١٣ — نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار — محمد بن على بن محمد الشوكانى (١٢٥٠ هـ) ط الأخيرة م البابى الحلبي — القاهرة .
- ١٤ — النهاية فى غريب الحديث والأثر — مجد الدين أبو السعادات المبارك ابن محمد الجزرى (ابن الأثير) (٦٠٦ هـ) . م دار احياء الكتب العربية — القاهرة .

ثالثا : كتب الفقه الإسلامى :

١ — المذهب الحنفى :

- ١ — اختلاف أبى حنيفة ، وابن أبى ليلى — أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم الأتصارى (١٨٢ هـ) ط ١ م الوفاء — القاهرة (١٣٥٧ هـ) .

- ٢ — الاختيار لتعليل المختار — عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى —
م البابى الطبى ط ٢ (١٣٧٠ هـ) .
- ٣ — الأشباه والنظائر — زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم المصرى
(٩٧٠ هـ) تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل — م الطبى — القاهرة
(١٣٨٧ هـ) .
- ٤ — الاشراف على مسائل الخلاف والاجماع لأبى بكر بن المنذر (٣٠٩ هـ
أو ٣١٠ هـ) — مخطوطة مصورة عن الاصل فى الرباط الأحمدى
بالمدينة المنورة تحت رقم (٢٨٩) وهى موجودة فى مكتبة الموسوعة
الفقهية فى وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية — الكويت .
- ٥ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع — علاء الدين أبو بكر بن مسعود
الكاسانى (٥٨٧ هـ) م الامام — القاهرة .
- ٦ — تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق — غفر الدين عثمان بن على الزيلعى
(٧٤٢ هـ) ط الثانية م الاميرية (١٣١٤ هـ) .
- ٧ — تحفة الفقهاء — علاء الدين السمرقندى (٥٣٩ هـ) م جامعة دمشق —
ط ١ (١٣٧٧ هـ) .
- ٨ — جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن
الصدر الشهيد — حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخارى
(٥٣٦ هـ) — مخطوط رقم (٧٠) فى المكتبة المركزية — بجامعة الامام
محمد بن سعود الاسلامية .
- ٩ — حاشية بغية الالمى فى تخريج الزيلعى على نصب الراية للزيلعى —
ط ١ (١٣٥٧ هـ) — م دار المأمون — القاهرة .
- ١٠ — حاشية الدرر على الفرر — أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان
الخادمى م دار السعادة التركية — مطبعة عثمانية (١٣١٠ هـ) .
- ١١ — حاشية رد المحتار على الدر المختار — شرح تنوير الابصار — محمد
امين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهر (بابن عابدين)
١٢٥٢ هـ . ط ٢ (١٣٨٦ هـ) م الطبى — القاهرة .
- ١٢ — حاشية سعدى جلبى (٩٤٥ هـ) على العناية والهداية — مطبوع
على هامش شرح فتح القدير . ط ١ (١٣١٦ هـ) م بولاق — القاهرة .

١٣- حاشية الطحطاوى على الدر المختار - أحمد الطحطاوى الحنفى -
م بيروت (١٣٩٥ هـ) .

١٤- الدرر الحكام فى شرح غرر الحكام - محمد بن نراموز الشهير
بمنلاخسرو (٨٨٥ هـ) ومعه حاشية الشرنبلالى (١٠٩٦ هـ) .
م أحمد كامل (١٣٣٠ هـ) .

١٥- رسالة العرف مع مجموعة الرسائل لابن عابدين محمد أمين بن عمر
ابن عبد العزيز (١٢٥٢) هـ - م سى (١٣٢٥) هـ) .

١٦- رمز الحقائق فى شرح كنز الحقائق - بدر الدين أبو محمد محمود
ابن أحمد بن موسى العينى (٨٥٥هـ)م الامرية - القاهرة (١٢٨٥هـ) .

١٧- العناية - أكمل الدين محمد بن محمود البابرلى (٧٨٦ هـ) مع شرح
فتح القدير - ط ١ (١٣١٦ هـ) . م بولاق - القاهرة .

١٨- الفتاوى الاسعدية - أسعد المذننى الحسينى (١١١٦ هـ) م الخيرية

١٩- الفتاوى الفيائية - داود بن يوسف الخطيب - ط ١ م بولاق -
القاهرة (١٣٢٢ هـ) . وبهامشها فتاوى ابن نجيم صاحب البحر
الرائق .

٢٠- الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية - محمد العباسى - م الأزهرية
ط ١ (١٣٠١ هـ) .

٢١- الفتاوى الهندية تعرف بالعالمكره - السلطان أبو المظفر محبى
الدين محمد أوزبك (١٠٧٠ هـ) م بولاق - القاهرة - ط ٢ (١٣١٠ هـ)
بهامشها الفتاوى البزازية المسماة (الجامع الوجيز) محمد بن محمد
ابن شهاب المعروف بابن البزاز الكردى (٨٢٧ هـ) .

٢٢- شرح فتح القدير - كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام
(٨٦١ هـ) ط ١ (١٣١٦ هـ) م بولاق - القاهرة .

٢٣- المبسوط - شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسى (٤٣٨ هـ)
م . دار المعرفة بيروت - ط ٢ .

٢٤- الهداية مع شرح فتح القدير - على بن أبى بكر بن عبد الجليل
المرغينائى (٥٦٣ هـ) ط ١ (١٣١٦ هـ) م . بولاق - القاهرة .

٢ - الفقه المالكي :

- ١ - الاشراف على مسائل الخلاف - للقاضي عبد الوهاب بن علي بن بصر
البغدادي المالكي (٤٢٢ هـ) م الإدارة - القاهرة .
- ٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد
ابن أحمد بن رشد القرطبي (٥٩٥ هـ) ط ٣ (١٣٧٩ هـ) م الطبى
القاهرة .
- ٣ - التاج والاكلیل لمختصر خليل - أبو عبد الله محمد بن يوسف العيديرى
الشهير بالمواق (٨٩٧ هـ) مع مواهب الجليل للحطاب - م مكتبة
النجاح - ليبيا - طرابلس .
- ٤ - حاشية الصاوى - أحمد بن محمد الصاوى المالكي (١٢٤١ هـ)
مع الشرح الصغير للدريز - م دار المعارف - القاهرة (١٩٧٣ م)
- ٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين محمد بن أحمد
عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) م المكتبة التجارية الكبرى - بيروت
- ٦ - حاشية الرهونى على الزرقانى - محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف
الرهونى بهامشها حاشية محمد بن المدنى . ط ١ . م بولاق -
القاهرة (١٣٠٦ هـ) .
- ٧ - الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك -
أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدريز
(١٢٠١ هـ) م . دار المعارف - القاهرة (١٩٧٣ م) .
- ٨ - الفروق - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجى المشهور بالقرافى (٦٨٤ هـ) ط أولى - ١٣٤٦ هـ -
القاهرة .
- ٩ - المدونة الكبرى - رواية سحنون بن سعيد التنوخى عن الامام
عبد الرحمن بن القاسم - ط أولى (٢٣٢٣ هـ) م السعادة .
- ١٠ - المقدمات المهدات لبيان ماقتضته رسوم المدونة من الأحكام
الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأمهات مسائلها
المشكلات - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (٥٢٠ هـ) م السعادة .

١١ — الموافقات في أصول الشريعة — لأبى اسحق الشاطبى ابراهيم
ابن موسى اللخمي الفرناطى (٧٩٠ هـ) م المكتبة التجارية — القاهرة.

١٢ — مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — أبو عبد الله محمد بن
عبد الرحمن الطرابلسى المغربى المعروف بالحطاب (٩٥٤ هـ)
م النجاح — طرابلس — ليبيا .

٣ — الفقه الشافعى :

١ — الأشباه والنظائر . جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبى بكر
السيوطى (٩١١ هـ) م الحلبي — القاهرة (١٩٣٨ م) .

٢ — الأم — أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان الشافعى
(٢٠٤ هـ) م بولاق — القاهرة (١٣٢٩ هـ) .

٣ — تحفة المحتاج شرح على المنهاج — أبو العباس شهاب الدين أحمد
ابن محمد بن حجر الهيئى (٩٧٤ هـ) م مصطفى محمد (١٣٠٤ هـ) .

٤ — الحاوى للفتاوى — جلال الدين عبد الرحمن أبو بكر محمد السيوطى
(٩١١ هـ) م السعادة — القاهرة — ط ٣ (١٩٥٩ م) .

٥ — روضة الطالبين — أبو زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى
(٦٧٦ هـ) م المكتب الاسلامى — دمشق .

٦ — شرح المنهاج لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى .

٧ — فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب — أبويحيى زكريا بن محمد
الانصارى (٩٢٥ هـ) م الحلبي — القاهرة — (١٣٥٣ هـ) .

٨ — قواعد الأحكام في مصالح الأنام — عز الدين بن عبد السلام
(٦٦٠ هـ) — هـ ١٣٥٣ — م الاستقامة — القاهرة .

٩ — المجموع شرح المذهب — أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى
(٦٧٦ هـ) م التضامن الأخوى — القاهرة (١٣٥٢ هـ) .

١٠- المجموع للنووى - التكملة الثانية للمجموع - محمد بن نجيب المطيعى م الامام - القاهرة .

١١- مختصر المزنى على هامش كتاب الأم - ابو ابراهيم اسماعيل ابن يحيى بن اسماعيل المزنى (٢٦٤ هـ) م بولاق - القاهرة - (١٣٢٩ هـ) .

١٢- المذهب - ابو اسحق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى (٤٧٦ هـ) م الطبى - القاهرة .

١٣- النظم المستعذب فى شرح غريب المذهب - محمد بن أحمد بن بطلال الركبى - م الطبى - القاهرة . مع المذهب الشيرازى .

١٤- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة الرملى (١٠٠٤ هـ) م الطبى - القاهرة (١٣٥٧ هـ) بهامشها حاشية على نهاية المحتاج - على بن على الشبراملى (١٠٨٧ هـ) .

١٥- الوجيز فى فقه الامام الشافعى - ابو حامد محمد بن محمد الغزالى (٥٠٥ هـ) م الآداب والمؤيد - القاهرة (١٣١٧ هـ) .

٤ - الفقه الحنبلى :

١ - أعلام الموقعين عن رب العالمين - ابن القيم الجوزية (٧٥١ هـ) تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل م دار الكتب الحديثة - القاهرة . (١٣٨٩ هـ) .

٢ - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد ابن حنبل علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوى . ط ١ (١٣٧٥ هـ) م السنة المحمدية - القاهرة .

٣ - تصحيح الفروع - علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرداوى الصالحى (٨٨٥ هـ) مراجعة عبد الستار أحمد فراج - مع الفروع ط ٢ - م دار السعادة - القاهرة .

٤ - الشرح الكبير على متن المقنع - شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى (٦٨٢ هـ) ط ١ ، ٢ (١٣٤٦ هـ ، ١٣٤٧ هـ) م المنار - القاهرة .

٥ — الفروع — شمس الدين المقدسى أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسى (٧٦٢ هـ) ط ٢ — م دار مصر للطباعة — القاهرة — مراجعة عبد الستار أحمد فراج .

٦ — القواعد النورانية الفقهية — شيخ الاسلام أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله المعروف بابن تيمية (٨٢٧ هـ) تحقيق محمد حامد غنى — ط ١ — ١٣٧٠ هـ — م السنة المحمدية — القاهرة .

٧ — الكافي — موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (١٢٠ هـ) ط ١ (١٣٨٢ هـ) منشورات المكتب الإسلامى — دمشق .

٨ — كشف القناع على متن الاقتناع — منصور بن يونس بن ادريس البهوتى (١٠٥١ هـ) م الحكومة — مكة (١٣٩٤ هـ) .

٩ — المغنى مع الشرح الكبير — أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة (٦٢٠ هـ) ط ١ ، ٢ (٣٤٦ هـ) ، ٤ (١٣٤٧ هـ) م المنار — القاهرة .

١٠ — المقنع — موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠ هـ) ط (١٣٢٢ هـ) م المنار الإسلامية — القاهرة — مع حاشية على المقنع لأحدهم (لم يذكر اسمه) .

٥ — مؤلفات حديثة :

١ — الاجارة — مصطفى كمال وصفى — بحث مطبوع على الآلة الكاتبة فى مكتبة موسوعة الفقه الاسلامى فى وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية — الكويت .

٢ — أحكام عقود التأمين — عبد الله بن زيد آل محمود — م قطر الوطنية (١٣٩٣ هـ) .

٣ — اشتراكية الاسلام — مصطفى السباعى — ط ٢ (١٩٦٠ م) م دار المطبوعات العربية — دمشق .

٤ — الاقتصاد الإسلامى (مذهباً ونظماً) دراسة مقارنة . ابراهيم الطحاوى م الاميرية القاهرة سنة ١٣٩٤ هـ .

- ٥ — درر الحكام شرح مجلة الأحكام — على حيدر — تعريب فهمى الحسينى — م بيروت .
- ٦ — شرح المجلة — سليم رستم باز اللبناى — ط ٣ م الأدبية — بيروت (١٩٣٢ م) .
- ٧ — العرف والعادة فى رأى الفقهاء — احمد فهمى أبو سنة — م الازهر (١٩٤٩ م) .
- ٨ — الغرر اثره فى العقود فى الفقه الاسلامى — الصديق محمد الامين الضير ط ١ (١٣٨٦ هـ) .
- ٩ — مجلة الاحكام العدلية — ط ٥ (١٣٨٨ هـ) م شعاركو .
- ١٠ — مختصر احكام المعاملات — على الخفيف — ط ٤ (١٣٧١ هـ) م السنة المحمدية — القاهرة .
- ١١ — المدخل الفقهى العام — مصطفى احمد الزرقا م الف باء — دمشق — ط ٩ (١٩٦٧ م) .
- ١٢ — المدخل لدراسة الفقه الاسلامى — محمد الحسينى الحنفى — م دار النهضة العربية — القاهرة — ط ٣ (١٩٧٤ م) .
- ١٣ — مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان — محمد قدرى باشا — ط ١ (١٣٣٨ هـ) م المكتبة المصرية — القاهرة .
- ١٤ — مصادر الحق فى الفقه الاسلامى — د . عبد الرازق السنهورى — م دار المعارف — القاهرة (١٩٦٨ م) .
- ١٥ — المعاملات الشرعية المالية — احمد ابراهيم بك — م النصر — القاهرة (١٣٥٥ هـ) .
- ١٦ — المعاملات فى الشريعة الاسلامية والقوانين العربية — احمد أبو الفتح ط ١ (١٣٣٢ هـ) م البسفور — القاهرة .
- ١٧ — المعاملات الضرورية فى المعاملات الشرعية — محمد عارف الجويجاني ط ١ . م الترقى — دمشق (١٣٤٥ هـ) .
- ١٨ — مناهج الاجتهاد فى الاسلام فى الأحكام الفقهية والعقائدية — د. محمد سلام مذكور . ط ١ (١٩٧٣ م) م العصرية — الكويت .

- ١٩- الموسوعة الفقهية المصرية - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية (١٣٨٦ هـ) م دار التحرير - القاهرة .
- ٢٠- النظام الاقتصادي في الإسلام - تقي الدين النبهاني - ط ٣ (١٣٧٢ هـ) .
- ٢١- نظرية الشروط المترتبة بالمعقد في الشريعة والقانون - زكى الدين شعبان ط ١ (١٩٦٨ م) م دار النهضة العربية القاهرة .

رابعاً : أصول الفقه :

- ١ - الأحكام في أصول الأحكام - أبو محمد على بن حزم الاندلسي الظاهري (٥٦٠ هـ) ط ١ (١٣٤٧ هـ) . م السعادة - القاهرة .
- ٢ - أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل (دراسة أصولية مقارنة) . د. عبد الله عبد المحسن التركي . م جامعة عين شمس (١٩٧٤ م) .
- ٣ - روضة الناظر وجنة المناظر - الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة . (٦٢٠ هـ) م السلفية - القاهرة (١٣٨٥ م) ،
- ٤ - القياس في الشرع الإسلامي - شيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم - م السلفية - القاهرة (١٣٨٥ هـ) .
- ٥ - ملخص ابطال القياس والرأى والاستحسان والتقليد والتعطيل - ابن حزم - م دار الفكر - ط ٢ (١٣٨٩ هـ) .
- ٦ - نظرية الاباحة عند الأصوليين - محمد سلام مذكور - ط ٢ (١٣٨٥ هـ) - القاهرة .
- ٧ - ارشاد الفحول - للشويكانى - محمد بن على الشويكانى . بدون سنة طبع .
- ٨ - الأحكام - للأمدى - سيف الدين أبو الحسن على بن أبى على ابن محمد تعليق عبد الرزاق عفىنى ط ١ م النور .

خامساً : النظام الوضعى :

- ١ - شرح احكام عقد المعاولة - محمد ليبيب شنب - م دار النهضة العربية - القاهرة - (١٩٦٢ م) .

٢ — عقد الاستصناع — رسالة دكتوراه من باريس سنة (١٩٣٧ م)
مطبوع على الآلة الكاتبة — في مكتبة المعهد الفرنسي — بالقاهرة .
لؤلفها : داغيد فرانسكو .

2 — LEMARCH A FACON-Francois DAVID.

٣ — المبادئ القضائية لأحكام محكمة التمييز العراقية — عبد الرحمن
العلام م العائى — بغداد (١٩٥٧ م) .

٤ — مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى — م دار الكتاب
العربى — القاهرة .

٥ — نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية —
د. عبد الناصر توفيق العطار — الكتاب الأول فى مصادر الالتزام —
م السعادة — القاهرة — (١٩٧٥ م) .

٦ — نظرية العقد — عبد الرازق السنهورى — ط ١٩٣٤ م .

٧ — الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد — عبد الرازق أحمد
السنهورى — م جرينرج — القاهرة (١٩٥٢ م) .

سادسا : معاجم اللغة :

١ — معجم متن اللغة — أحمد رضا .

٢ — المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير — أحمد بن محمد بن على
المقرئ الفيومى (٧٧٠ هـ) .

٣ — لسان العرب — ابن منظور — جمال الدين أبو الفضل محمد بن جلال
الدين أبو العز مكرم (٧١١ هـ) .

٤ — مختار الصحاح — محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى — ترتيب
محمود خاطر .

٥ — الصحاح — اسماعيل بن حماد الجوهري (٣٩٣ هـ) .

٦ — تاج العروس — محمد مرتضى الزبيدى .

٧ — اساس البلاغة — أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨ هـ) .

سابعاً : كتب التراجم :

- ١ — الأعلام — خير الدين الزركلى . ط ٣ — م بيروت (١٩٦٩ م) .
- ٢ — طبقات الفقهاء — طائش كبرى زاده — ط ٢ (١٩٦١ م) الزهراء الحثيثة — الموصل .
- ٣ — المنهج الأحمد فى تراجم اصحاب الامام احمد — أبو اليمى مجير الدين العليمى (٩٢٨ هـ) م المدنى — القاهرة (١٣٨٣ هـ) .

ثامناً : مصادر متنوعة :

- ١ — الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب — م دار احياء الكتب العربية — القاهرة (١٩٦٢ م) .
- ٢ — معركة الاسلام والراسمالية — سيد قطب — ط ٢ (١٣٨٦ هـ) .
- ٣ — المرشد الى آيات القرآن الكريم وآياته — محمد فارس بركات — ط ٣ (١٣٨٨ هـ) م دمشق .
- ٤ — مجلة البحوث الاسلامية — مجلد ١ — عدد ٢ ، صادر عن هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية — الرياض .

* * *

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٧	المقدمة
٨	خطة البحث
١٣	الباب التمهيدي
	الفصل الأول : العمل والاستصناع
	المبحث الأول : أهمية العمل في الشريعة الإسلامية
١٧	المبحث الثاني : لمحة تاريخية عن الاستصناع
٢٠	الهدف من المعاملات في الإسلام
	المبحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية
٢٢	الفصل الثاني : مدى حرية المكلف في انشاء العقود
	تمهيد
	المبحث الأول : مجمل الآراء حول الموضوع
٢٣	رأى الحنفية
٢٤	رأى المالكية ، الشافعية
٢٥	رأى الحنابلة
	المبحث الثاني : أدلة القائلين بأن الأصل في العقود الإباحة
	من الكتاب
٢٨	من السنة
٢٩	الاعتبار
	المبحث الثالث : أدلة الرأى الثانى القائل بأن الأصل في العقود الخطر
٣٠	١ - الكتاب
	٢ - السنة
٣١	٣ - المعقول
٣٢	المبحث الرابع : خلاصة رأى ابن حزم
	مناقشته
٣٣	رد ابن تيمية ما استدلل به ابن حزم
	رد ابن تيمية للدليل العقلى الذى استدلل به ابن حزم
	كلمة لابد منها

الصفحة	الموضوع
	المبحث الخامس : رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى
٣٦	انشاء العقود
	الخلاصة والترجيح
٣٧	الرأى الراجح
٣٩	الفصل الثالث : التعاقد على المعدوم
	المبحث الأول : حكم بيع المعدوم
٤٠	المبحث الثانى : علة منع بيع المعدوم عند الفقهاء ومناقشتها
	١ - أنه بيع غرر
	الرد على ذلك
٤١	٢ - أنه من بيع معاومة
	الرد على هذا الاستدلال
	٣ - أنه من بيع ما ليس عند الانسان
٤٢	الرد على هذا الدليل
٤٣	الجواب
	المبحث الثالث : رأى ابن القيم فى بيع المعدوم
٤٥	المبحث الرابع : القاعدة فى بيع المعدوم
	المبحث الخامس : الاستصناع وبيع المعدوم
	رأى الحنابلة فى الاستصناع
٤٦	توضيح
٤٨	رأى الحنفية
	رأى النظام الوضعى فى بيع المعدوم
٥٠	المناقشة
٥١	الباب الأول : مفهوم الاستصناع وهل هو عقد أم وعد ؟
٥٣	الفصل الأول : تعريف الاستصناع
	المبحث الأول : التعريف اللغوى للاستصناع
٥٤	الخلاصة
	المبحث الثانى : التعريف الاصطلاحى للاستصناع عند الفقهاء
	تمهيد
	الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الأول
٥٥	(الحنفية)
	الطريق الأول : التعريف بذكر صورة (اى بالرسم)
	ما تفيده هذه الصور من نوع المال المصنوع
٥٧	الطريق الثانى لتعريف الاستصناع (التعريف بالحد)
	الاتجاه الأول
٥٨	الاتجاه الثانى

الصفحة	الموضوع
٥٩	المقارنة
	التعريف المختار للاستصناع
	وجه الترجيح
٦٠	شرح التعريف
٦١	مقومات الاستصناع
٦٣	الفرع الثاني : تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني .
	تمهيد
	المطلب الأول : تعريف الاستصناع عند المالكية
٦٥	أنواع المسال المصنوع عند المالكية
٦٦	تعريف الاستصناع عند المالكية
	أساس التعريف
٦٧	شرح التعريف
	المطلب الثاني : تعريف الاستصناع عند الشافعية
	التمهيد
٦٨	السلم بالصناعات عند الأمام الشافعي
	القسم الأول : السلف في الصناعات المكونة من مادة خام واحدة
٦٩	القسم الثاني : المصنوع من مادتي خام فأكثر ما عدا المادة المزينة
٧٠	تعريف الاستصناع عند الأمام الشافعي
	ما جاء في كتاب الأم
٧١	تعريف آخر للاستصناع عند الشافعي
٧٢	الترجيح
	المطلب الثالث : تعريف الاستصناع عند الحنابلة
	التمهيد
	تعريف الاستصناع عند الحنابلة
٧٣	أساس التعريف
	شرح التعريف
٧٤	المبحث الثالث : تعريف الاستصناع في النظام الوضعي .
	التمهيد
	الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند دافيد
٧٥	الفرع الثاني : تعريف الاستصناع في المدنى العراقى
	الفرع الثالث : تعريف الاستصناع في المدنى المصرى
٧٦	المناقشة
٧٧	الفصل الثاني : الاستصناع عقد أم وعد
	المبحث الأول : مفهوم العقد والوعد
	الفرع الأول : تعريف العقد لغة

الصفحة	الموضوع
	الفرع الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً
٧٨	الفرع الثالث : مفهوم الوعد
	تعريف الوعد لغة
	تعريف الوعد اصطلاحاً
	المبحث الثاني : الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا
	الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد
٧٩	المطلب الأول : الرأي الأول القائل بأن الاستصناع وعد لا عقد
٨٠	المطلب الثاني : الأدلة ومناقشتها
	المطلب الثالث : حكم الاستصناع على أنه عقد وليس بوعد والأدلة
٨٢	ومناقشتها
	أدلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس وعد
٨٥	الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة
	المبحث الأول : مفهوم العقد
	الفرع الأول : تعريف العقد لغة
٨٦	الفرع الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً
	الفرع الثالث : تعريف العقد في النظام الوضعي . ورأي التريعة
	فيه
٨٧	العلاقة بين العقد والتصرف
٨٨	المبحث الثاني : تقسيمات العقد في الفقه الإسلامي
	الفرع الأول : تقسيم العقود في كتاب البدائع
	الفرع الثاني : تقسيم العقود في كتاب المقنع
٨٩	المقارنة
٩٠	المبحث الثالث : المقومات الأساسية للعقد
٩٠	١ - صيغة العقد
٩١	٢ - العاقدان
	٣ - المعقود عليه
٩٣	الباب الثاني : حكم عقد الاستصناع
٩٥	الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول
	المبحث الأول : رأي فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع
	الفرع الأول : رأي جمهور فقهاء الحنفية
٩٦	الفرع الثاني : رأي المسانعين للاستصناع
	المبحث الثاني : الأدلة
	الفرع الأول : دليل المشروعية عند أصحاب الاتجاه الأول
	المطلب الأول : أدلة المجيزين للاستصناع
٩٧	وجه الاستحسان

الصفحة	الموضوع
٩٨	وجه آخر للاستحسان
٩٩	المطلب الثاني : السنة
١٠٠	المطلب الثالث : الإجماع
	المطلب الرابع : المعقول
١٠٣	خلاصة القول
	الفرع الثاني : أدلة المانعين
	المنافسة والترجيح
١٠٤	المبحث الثالث — حكمة مشروعية عقد الاستصناع
	الفصل الثاني : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني
١٠٦	وصلته بالسلم
	المبحث الأول : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني
	الفرع الأول : حكم الاستصناع عند المالكية
١٠٨	مسألة الشروع في الصنع
	رأينا في المسألة
١١٠	الفرع الثاني : حكم الاستصناع عند الشافعية
١١٢	الصناعة بالقلب
	علة المنع عند الشافعية
١١٣	رأى المطيعي
١١٤	رأى أبو سنة ومناقشته
	الفرع الثالث : حكم الاستصناع عند الحنابلة
١١٥	السلم بالصناعات عند الحنابلة
	نوع الأموال المصنوعة
	صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة
١١٦	علة في المنع
	الفرع الرابع : خلاصة رأى أصحاب الاتجاه الثاني في الاستصناع
١١٧	المبحث الثاني : حكم السلم في الصناعات عند أصحاب الاتجاه الثاني
	الفرع الأول : مشروعية السلم
	الفرع الثاني : أدلة المشروعية
	الكتاب
١١٨	السنة
	الإجماع
	الفرع الثالث : حكمة المشروعية
١١٩	الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم
	القسم الأول : الشروط المتفق عليها بين الفقهاء
١٢١	القسم الثاني : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء
١٢٣	الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى
	المبحث الأول : الظاهرية

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني : الشيعة الجعفرية	
الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعي	١٢٤
الباب الثالث : تكييف عقد الاستصناع	١٢٥
الفصل الأول : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول	١٢٧
المبحث الأول : جملة الآراء حول تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية	
الفرع الأول : الاستصناع بيع	
الأمور التي خالف فيها الاستصناع البيع المطلق	١٢٨
أولا : اثبات خيار الرؤية	
ثانيا : اشتراط العمل في الاستصناع	
وأينما	١٢٩
رأى المخالفين في كون الاستصناع بيعا	
الفرع الثاني : الاستصناع اجارة محضة	١٣٠
في اجارة الصانع للعمل	١٣١
الاجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع	١٣٢
الفرع الثالث : الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء	
الترجيح	١٣٣
الفصل الثاني : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعي	١٣٥
المقالة في المدنى المصرى ذات شقين	
مقتضاء القانون الوضعي	١٣٦
داغيد	
السنهورى	
المبحث الأول	١٣٧
الفرع الأول : الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل	
المناقشة	١٣٨
الفرع الثاني : الاستصناع عقد مقابلة واقع على العمل	١٣٩
الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقابلة ان كانت المسادة اقل قيمة	
من العمل ، وعقد بيع ان كان العمل اقل قيمة من المسادة	
الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقابلة ابتداء بيع انتهاء	١٤٠
المبحث الثاني : الراى الراجح عند فقهاء النظام الوضعي	
الفرع الأول : الراجح عند السنهورى	
الفرع الثاني : الراجح عند داغيد	١٤١
الباب الرابع : المقومات والشروط	١٤٣
الفصل الأول : المقومات	١٤٥
المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود	
المبحث الثاني : ركن الاستصناع	
الفرع الأول : المراد بالصيغة	

الصفحة	الموضوع
١٤٦	الصيغة القولية
	المعاطاة
١٤٧	المبحث الثالث : أركان عقد الاستصناع في النظام الوضعي .
١٤٨	الفصل الثاني : الشروط
	المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره
	تعريف الشرط لغة . واصطلاحا
١٤٩	الفرع الأول : شروط الانعقاد
	المطلب الأول : شروط الانعقاد التي ترجع الى العاقد
	أ - أهلية التصرف
١٥٠	ب - أن يكون العاقد متعددا
١٥١	المطلب الثاني : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد
	المطلب الثالث : الشروط التي ترجع الى البدلين
١٥٢	المطلب الرابع : الشروط التي ترجع الى مكان العقد
	الفرع الثاني : شروط اللزوم
١٥٣	الفرع الثالث : شروط صحة العقد
١٥٤	شروط النفاذ
١٥٦	المبحث الثاني : الشروط الخاصة بالاستصناع
	الفرع الأول : يشترط في المستصنع فيه أن يكون معلوما
	المعقود عليه في الاستصناع
١٥٧	أدلة الرأي القائل بأن المعقود عليه هو العين
١٥٨	أدلة الرأي القائل بأن المعقود عليه هو العمل
	المناقشة
١٥٩	الرأي الراجح
١٦٠	الفرع الثاني : أن يكون مما يجري فيه التعامل
١٦٣	العرف والقياس
	أن يكون مما يجري فيه التعامل
١٦٤	ما لا يجوز الاستصناع فيه
١٦٥	استصناع الآلات والمعدات
١٦٦	الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل
	أنواع الأجل
	الأجل للاستعجال
١٦٧	الأجل للاستمهال
	دخول الأجل في السلم
	أدلة أصحاب الرأي القائل بأن أقل مدة في السلم هي شهر
١٦٨	دليل الفريق القائل بأن أقل مدة في السلم ثلاثة أيام
	مناقشة هذا الدليل
	دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هي نصف يوم فأكثر

الصفحة	الموضوع
	دليل الفريق الرابع القائل بأن أقل مدة في الأجل يرجع فيها الى العرف والعادة
١٦٩	راينا
	ما المراد بالأجل المذكور في الاستصناع
١٧٠	ضرب الاجل في الاستصناع
	عند أبي حنيفة : يشترط أن لا يكون هناك أجل يضرب في الاستصناع الأدلة
١٧٢	رأى الصاحبين في اشتراط الأجل
	الأدلة
١٧٣	تأييد رأى أبي حنيفة
١٧٤	توجيه لرأى الصالحين
	مناقشة
	راينا
١٧٥	رأى آخر
	ملخص مسائل التعامل والجل السابقة الذكر
١٧٦	تنبيه
١٧٧	المبحث الثالث : شروط الاستصناع في النظام الوضعي
	شروط التراضي
	شروط الانعقاد في التراضي
	شروط الصحة في التراضي
١٧٨	شروط المحل
	الشروط الواجب توافرها في العمل
	الشروط الواجب توافرها في الأجر
١٧٩	الباب الخامس : عقد الاستصناع بين اللزوم وعدمه
١٨١	الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة
	مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح
	مفهوم الالتزام
١٨٢	خلاصة ما تقدم
	موقف القانون الوضعي من اللزوم والالتزام
١٨٣	الفصل الثاني : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه
	النوع الأول
١٨٤	النوع الثاني
	النوع الثالث
	موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع
	الفصل الثالث : المراحل التي يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة
١٨٦	من جهة اللزوم وعدمه . عند أصحاب الاتجاه الأول

الصفحة	الموضوع
	المبحث الأول : مرحلة ما قبل الصنع
١٨٨	المرحلة الثانية
١٨٩	المرحلة الثالثة
	عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه
١٩٠	١ - بالنسبة للصانع
١٩٢	الرأى المختار عند الكاسانى
	مناقشة الكاسانى لرأى أبى يوسف فى الرواية الثانية
١٩٣	٢ - بالنسبة للمستصنع
	الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى
١٩٥	نهايته
١٩٦	رأينا
١٩٧	الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع
	بالنسبة للصانع
	بالنسبة للمستصنع
	الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه فى النظام
١٩٨	الوضعى
١٩٩	الباب السادس : أمور تتعلق بعقد الاستصناع
٢٠١	الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول
	المبحث الأول : شروط ثبوت خيار الرؤية
٢٠٢	المبحث الثانى : وقت ثبوت خيار الرؤية
	المبحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية
٢٠٣	المبحث الرابع : مسقطات خيار الرؤية
	الاختيارى والضرورى من المسقطات
	١ - الاختيارى
	٢ - الضرورى
٢٠٥	الفصل الثانى : خيار العيب عند أصحاب الاتجاه الأول
	المبحث الأول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية
	المبحث الثانى : وقت ثبوت خيار العيب
	المبحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب
٢٠٦	المبحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب
٢٠٧	المبحث الخامس : مسقطات خيار العيب
٢٠٨	الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب فى النظام الوضعى
	المبحث الأول : خيار الرؤية
	المبحث الثانى : خيار العيب

الصفحة	الموضوع
٢٠٩	الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع
	لا يمين على الطرفين
	النزاع في عدم ضبط المواصفات
٢١٠	النزاع مع ضبط المواصفات
٢١١	الفصل الخامس : الظروف الطارئة
٢١٢	الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع
٢١٤	الفصل السابع : رأى المعاصرين في عقد الاستصناع
٢١٦	الاول : صفة معينة
	النوع الثاني : الصفة غير المعينة
٢١٧	أما استصناع البناء
	تحديد المدة للاستصناع . ووضع الغرامة على ما زاد على المدة
٢١٨	المضروبة
٢٢١	الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع
	المبحث الأول : تصنيع العقارات
	المبحث الثاني : تصنيع المباني الجاهزة (السابقة الصنع)
٢٢٣	المبحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستصناع المحلية والخارجية
	التعاقد المحلى
٢٢٤	التعاقد الخارجى (الدولى)
٢٢٦	الفصل التاسع : ما ينتهى به عقد الاستصناع
	أ - من جهة الصانع
	ب - من جهة المستصنع
	موت الصانع
٢٢٨	الخاتمة
٢٣٣	ثبت المراجع